

KÖRPERLICHE EINGRIFFE IM STRAFVERFAHREN

Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung
der prozessualen Stellung des Arztes

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von
Volker Stratz
aus Freiburg i. Br.

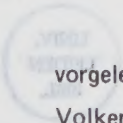
1978

1977

KÖRPERLICHE EINGRIFFE IM STRAFVERFAHREN

Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung
der prozessualen Stellung des Arztes

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Br.



vorgelegt von
Volker Stratz
aus Freiburg i. Br.

1978

Dekan: Prof. Dr. Alexander Hollerbach

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Rudolf Schmitt

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Klaus Tiedemann

Drittberichterstatter: Prof. Dr. Balduin Forster

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Dezember 1977



I N H A L T S Ü B E R S I C H T

	Seite
A. <u>EINLEITUNG</u>	
ÄRZTLICHE STANDESPFLICHTEN UND DIE ZU- ZIEHUNG DES ARZTES IM STRAFVERFAHREN.	1
B. UMFANG UND GRENZEN DER ÄRZTLICHEN EINGRIFFE IN DIE KÖRPERINTEGRITÄT.	4
I. DIE KÖRPERLICHE UNTERSUCHUNG DES BESCHUL- DIGTEN NACH § 81 a StPO.	4
1. Allgemeine Fragen.	4
a. Entstehungsgeschichte.	4
b. Die Abgrenzung der körperlichen Untersuchung (des körperlichen Eingriffs) von der Durchsu- chung nach § 12o StPO.	5
c. Der körperliche Eingriff.	9
2. § 81 a StPO in verfassungskonformer Interpretation	10
a. Die Problemstellung.	10
b. Verhältnismässigkeitsgrundsatz und Übermass- verbot.	13
aa. Allgemeine Gesichtspunkte.	13
bb. Die Zulässigkeit körperlicher Eingriffe bei Ordnungswidrigkeiten, Vergehen und Verbrechen.	14
cc. Der Tatverdacht als entscheidender Ansatz- punkt.	19

<u>dd.</u> Der körperliche Eingriff als ultima ratio.	20
<u>ee.</u> Absolut unzulässige Eingriffe in die Körperintegrität.	22
<u>3.</u> Rechtliche Schranken für körperliche Eingriffe aus § 81 a StPO selbst.	26
<u>a.</u> Feststellung für das Verfahren bedeutsamer Tatsachen.	26
<u>b.</u> Eingriffe durch den Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken.	34
<u>c.</u> Keine gesundheitlichen Nachteile durch den kör- perlichen Eingriff.	35
<u>II.</u> DIE KÖRPERLICHEN EINGRIFFE BEIM BESCHULDIGTEN	38
<u>1.</u> Die Blutentnahme	38
<u>a.</u> Allgemeine Fragen	38
<u>b.</u> Die Entnahmemethoden und deren Zulässigkeit	40
<u>2.</u> Die Harnentnahme.	42
<u>3.</u> Die Magenausheberung.	47
<u>4.</u> Die Röntgenuntersuchung.	50
<u>5.</u> Die Hirnstromuntersuchung (Elektroencephalographie).	57
<u>6.</u> Die Liquorentnahme.	60

a.	Die diagnostische Bedeutung der Liquorentnahme.	60
b.	Die Lumbalpunktion	60
c.	Die Okzipitalpunktion (Subokzipitalpunktion).	63
d.	Die Zulässigkeit der Eingriffe.	64
7.	Die Kontrastdarstellung der Liquorräume.	69
a.	Die Pneumoencephalographie (Hirnkammerluftfüllung).	69
aa.	Zweck und Methode der Pneumoencephalographie.	69
bb.	Die Zulässigkeit des Eingriffs.	72
b.	Die Ventrikulographie.	79
8.	Die Angiographie (Carotisangiographie).	79
9.	Die Szintigraphie.	82
10.	Die Computertomographie.	83
11.	Körperliche Eingriffe im Zusammenhang mit Abstammungsuntersuchungen.	85
12.	Untersuchungen auf die Zeugungsfähigkeit ausserhalb von Abstammungsuntersuchungen.	87
13.	Anästhesie zur Durchführung körperlicher Eingriffe.	89
a.	Die Doppelwirkung der Anästhesie.	89
b.	Lokalanästhesie und Narkose.	91

<u>C.</u> Zulässigkeit der Anästhesie im Rahmen des § 81 a StPO.	96
<u>14.</u> Schlussfolgerungen.	97
<u>III.</u> KÖRPERLICHE UNTERSUCHUNG BEI ZEUGEN UND ANDEREN PERSONEN NACH § 81 c Abs. 1 UND Abs. 2 StPO.	102
<u>1.</u> Voraussetzungen für die Zulässigkeit körper- licher Untersuchungen bei Dritten.	102
<u>2.</u> Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung und Blutentnahme.	105
C. DIE PROZESSUALE STELLUNG DES ARZTES IM RAHMEN DER BEWEISERHEBUNG.	110
<u>I.</u> ARZT UND STRAFPROZESSORDNUNG.	110
<u>II.</u> DIE BEWEISMITTEL DER STRAFPROZESSORDNUNG.	111
<u>III.</u> DER ARZT ALS ZEUGE ODER SACHVERSTÄNDIGER.	116
<u>1.</u> Der Arzt als Zeuge bzw. als sachverständiger Zeuge.	116
<u>2.</u> Der Arzt als Sachverständiger.	119
<u>IV.</u> RECHTSFOLGEN AUS DER ZEUGEN- BZW. SACHVER- STÄNDIGENSTELLUNG DES ARZTES.	120
<u>V.</u> DIE ANWENDUNG DER ZEUGEN- BZW. SACHVERSTÄN- DIGEN-BESTIMMUNGEN AUF DEN ARZT.	123
<u>1.</u> Allgemeine Abgrenzungskriterien.	123
<u>2.</u> Abgrenzungskriterien unter Berücksichtigung der spezifischen ärztlichen Tätigkeit.	132

<u>VI.</u> DIE BEDEUTUNG DER ABGRENZUNGSKRITERIEN FÜR DEN EINZELFALL AUS DEM ÄRZTLICHEN BEREICH.	136
<u>1.</u> Allgemeine Gesichtspunkte.	136
<u>2.</u> Die Rechtsfigur des Beweismittlers.	137
<u>a.</u> Definition und Abgrenzung "Beweismittler" - "Augenscheinsgehilfe".	137
<u>b.</u> Allgemeine Kriterien für die Einordnung des Beweismittlers.	140
<u>3.</u> Der Arzt als Beweismittler.	145
<u>a.</u> Die Tätigkeit des Arztes im Rahmen des § 81 d StPO.	145
<u>b.</u> Die Tätigkeit des Arztes im Rahmen des § 87 StPO.	149
<u>c.</u> Die Tätigkeit des Arztes im Rahmen der § 81 a und 81 c StPO.	151
<u>aa.</u> Fachliche Qualifikation und Persönlichkeitsschutz.	151
<u>bb.</u> Die Rechtsstellung des Arztes bei körperlichen Ein- griffen nach § 81 a StPO und der Blutentnahme nach § 81 c Abs.2 StPO.	157
<u>cc.</u> Die Rechtsstellung des Arztes bei einfachen körper- lichen Untersuchungen nach § 81 c Abs.1 und Abs.2 StPO.	159
<u>VII.</u> SCHLUSSBEMERKUNG	161

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- ALSBERG-NÜSE Der Beweisanspruch im Strafprozess, 2. Aufl., Köln, Berlin 1956
(zitiert: Alsberg-Nüse)
- ARNDT, Adolf 1. Der Fall Rohrbach als Mahnung.
2. Fragen des rechtlichen Gehörs,
NJW 1962, S. 26
(zitiert: Arndt, NJW 1962, S. 25)
- BACKMUND, Herbert Pneumoencephalographie im Strafprozess,
GA 1964, S. 304
(zitiert: Backmund, GA 1964, S. 304)
- BARTH-BECKER-KRAUS-
SCHEER Klinische Radiologie. Eine Einführung
für Ärzte und Studierende, Stuttgart,
New York 1968
(zitiert: Barth-Becker-Kraus-Scheer)
- BARTHELMESS, Alfred Gefährliche Dosis? Erbgesundheit im tech-
nischen Zeitalter, Basel, Freiburg, Wien
1959
(zitiert: Barthelmess)
- BARTH-MEYER Moderne Narkose. Theorie und Praxis der
Routineverfahren, 2. Aufl., Stuttgart 1965
(zitiert: Barth-Meyer)
- BAUMANN, Jürgen Die Narkoseanalyse, Diss.jur. Münster
1950
(zitiert: Baumann)
- BEITZKE-HOSEMANN-
DAHR-SCHADE Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche
Praxis, 2. Aufl., Göttingen 1965
(zitiert: Beitzke-Hosemann- u.a. mit An-
gabe des Bearbeiters)
- BELING, Ernst Die Beweisverbote als Grenzen der Wahr-
heitsforschung im Strafprozess, Bres-
lau 1903
(zitiert: Beling)

- BELING, Ernst Die Vornahme von Untersuchungen am lebenden menschlichen Körper als Prozessmassregel, ZStBl.15 (1895), S. 471
(zitiert: Beling, ZStBl. 15 (1895), S. 471)
- BOCKELMANN, Paul Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, JZ 1962, S. 525
(zitiert: Bockelmann, JZ 1962, S. 525)
- BRESSER, Paul H. Die Hirnkammerluftfüllung und ihre Anwendung gem. § 81 a StPO, NJW 1961, S. 250
(zitiert: Bresser, NJW 1961, S. 250)
- CABANIS, Detlef Richter und Arzt, Festschr.f. Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag 1972, S. 639, Berlin
(zitiert: Cabanis, Festschr.Heinitz)
- DAHS-WIMMER Unzulässige Untersuchungen bei Alkoholverdacht, NJW 1960, S. 2217
(zitiert: Dahs-Wimmer, NJW 1960, S. 2217)
- DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER Strafrecht und Strafverfahren. Eine Sammlung der wichtigsten Gesetze des Straf- und Ordnungsrechts und des Straf- und Bussgeldverfahrens mit Erläuterungen, 37.Aufl., Berlin 1961
(zitiert: Dalcke unter Angabe des Bearbeiters)
- DALLINGER, Wilhelm Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, MDR 1956, S. 143
(zitiert: Dallinger, MDR 1956, S. 143)
- DZENDZALOWSKI Die körperliche Untersuchung. Eine strafprozessual-kriminalistische Untersuchung zu den §§ 81 a und 81 c StPO, Lübeck 1971
(zitiert: Dzendzalowski)

- DIETZ, Gerhard Gerichtliche Medizin für Juristen,
Kriminalisten, Studierende der Rechts-
wissenschaften und Medizin, 5. Aufl.,
Leipzig 1970
(zitiert: Dietz)
- DÖHRING, Erich Die Erforschung des Sachverhaltes im
Prozess, Berlin 1964
(zitiert: Döhring)
- DREHER, Eduard Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und
Verordnungen, 37. Aufl., München 1977
(zitiert: Dreher)
- DÜNNEBIER, Hanns Zweifelsfragen zu § 81 c StPO, GA 1953,
S. 65
(zitiert: Dünnebieer, GA 1953, S. 65)
- ELBEL-SCHLEYER Blutalkohol. Die wissenschaftlichen
Grundlagen der Beurteilung von Blutalko-
holbefunden bei Strassenverkehrsdelik-
ten, 2. Aufl., Stuttgart 1956
(zitiert: Elbel)
- FELLINGER, Karl Lehrbuch der Inneren Medizin,
Wien und Innsbruck 1954
(zitiert: Fellingner)
- GÄNSHIRT, Heinz Der Hirnkreislauf, Stuttgart 1972
(zitiert: Gänshirt unter Angabe des
Bearbeiters)
- GEERDS, Friedrich Juristische Probleme des Sachverständi-
genbeweises, Arch.f.Krim. Bd. 137 (1966),
S. 61
(zitiert: Geerds, Arch.f.Krim. Bd.137
(1966), S. 61)
- GEERDS, Friedrich Über strafprozessuale Massnahmen, insbe-
sondere Entnahme von Blutproben bei Ver-
dacht der Trunkenheit am Steuer, GA 1965,
S. 321
(zitiert: Geerds, GA 1965, S. 321)
- GERLAND, Heinrich Der Deutsche Strafprozess, Mannheim,
Berlin, Leipzig 1927
(zitiert: Gerland)

- GÖBBELS, Hans Die Duldung ärztlicher Eingriffe als Pflicht, Stuttgart 1950
(zitiert: Göbbels)
- GÜHLER-BUDDENDIEK Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Aufl, München 1975
(zitiert: Göhler)
- GÜHLER, Erich Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, S. 583
(zitiert: Göhler, JZ 1968, S. 583)
- GÜHLER, Erich Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5.Aufl., München 1977
(zitiert: Göhler)
- GÖPPINGER, Hans Der ärztliche Eingriff in Narkose bei der Begutachtung im Strafprozess (§ 81 StPO), Der Nervenarzt 1952, S. 246
(zitiert: Göppinger, Der Nervenarzt, 1952, S. 246)
- GOLDSCHMIDT, James Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Abh. aus der Berliner Jur. Fakultät II, Berlin 1925
(zitiert: Goldschmidt)
- GRÖMIG, Hans Die Zulässigkeit der Encephalographie gemäss § 81 a StPO, NJW 1954, S. 300
(zitiert: Grömig, NJW 1954, S. 300)
- HAFFKE, Bernhard Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, GA 1973, S. 65
(zitiert: Haffke, GA 1973, S. 65)
- HANACK, Ernst-Walter Anm. zu BGH JR 1966, S. 424
- HARASSER, Albert Das anthropologisch-erbblologische Vaterschaftsgutachten, Handb. f.d. Vormund 1957, Heft 10 a
(zitiert: Harasser, Handb.f.d.Vormund 1957, Heft 10 a)
- HEGLER, August Die Unterscheidung des Sachverständigen vom Zeugen im Prozess, AcP Bd.104 (1909), S. 151
(zitiert: Hegler, AcP 104 (1909); 151)

- HEILMEYER, Ludwig Lehrbuch der Inneren Medizin, 2.Aufl.,
Berlin 1961
(zitiert: Heilmeyer)
- HENKEL, Heinrich Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch, 2.
Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1968
(zitiert: Henkel)
- HESSE, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bun-
desrepublik Deutschland, 10. Aufl., Karls-
ruhe 1977
(zitiert: Hesse)
- HIENDL, Hans Darf bei Alkoholverkehrsdelikten der die
Blutprobe entnehmende Arzt vor dem Ge-
richt die Aussage über den klinischen Be-
fund verweigern?, NJW 1958, S. 2100
(zitiert: Hiendl, NJW 1958, S. 2100)
- HIPPEL V., Robert Der Deutsche Strafprozess, Lehrbuch,
Marburg 1941
(zitiert: v.Hippel)
- HUBER, Gerd Neurologische Untersuchungen und ihre Be-
deutung in foro, in: Göppinger/Witter,
Handbuch der forensischen Psychiatrie,
Berlin, Heidelberg, New York 1972
(zitiert: Huber)
- JESSNITZER, Kurt Der gerichtliche Sachverständige. Ein
Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., Köln,
Berlin, Bonn, München 1966
(zitiert: Jessnitzer, 3. Aufl.)

6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1976
(zitiert: Jessnitzer)
- JESSNITZER, Kurt Der gerichtliche Sachverständige für Blut-
alkoholfragen, Blutalkohol 1967, S.66
(zitiert: Jessnitzer, Blutalkohol 1967,
S. 66)

- JUNG, Richard und MEYER-MICKELEIT, Rudolf Epilepsie in: Fischer-Herget-Mollowitz, Das ärztliche Gutachten im Versicherungswesen, 3. Aufl., Bd. II München 1969, S. 147
(zitiert: Jung und Meyer-Mickeleit, Gutachten)
- KARPINSKI, Kurt Der Sachverständige im Strafprozess, NJW 1968, S. 1173
(zitiert: Karpinski, NJW 1968, S. 1173)
- KERN, Eduard Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heimes in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Berlin 1954, Bs. II, S. 51
(zitiert: Kern in Neumann-Nipperdey-Scheuner)
- KERN-ROXIN Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 14. Aufl., München 1976
(zitiert: Kern-Roxin)
- KIERSKI, W.-S. Röntgenreihenuntersuchungen stellen Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit dar, Der medizinische Sachverständige 1960, S. 169
(zitiert: Kierski, Der med. Sachverständige 1960, s. 169)
- KILLIAN, Hans Lokalanästhesie und Lokalanästhetika, Stuttgart 1959
(zitiert: Killian)
- KILLIAN-WEESE Die Narkose. Ein Lehr- und Handbuch, Stuttgart, 1954
(zitiert: Killian-Weese)
- KLEINKNECHT, Theodor Die Anwendung unmittelbaren Zwangs bei der Blutentnahme nach § 81 a StPO, NJW 1964, S. 2181
(zitiert: Kleinknecht, NJW 1964, S. 2181)
- KLEINKNECHT, Theodor Die Beweisverbote im Strafprozess, NJW 1966, S. 1537
(zitiert: Kleinknecht, NJW 1966, S. 1537)

- KLEINKNECHT, Theodor Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 29.Aufl., München 1970, 30.Aufl., München 1971, 31. Aufl., München 1974, 32. Aufl., München 1975, 33. Aufl., München 1977
(zitiert: Kleinknecht mit Angabe der Aufl.)
- KOHLHAAS, Max Anm. zu BGHSt 20, 222 in LM, Nr.1 zu § 85 StPO
- KOHLHAAS, Max Anm. zu BayObLG, JR 1966, S. 186
- KOHLHAAS, Max Darf der Arzt den randalierenden Betrunkenen Beruhigungsspritzen geben?, Deutsche Medizinische Wochenschrift 1964, S. 992
(zitiert: Kohlhaas, DMW 1964, S. 992)
- KOHLHAAS, Max Beweisverbote im Strafprozess, DRiZ 1966, S. 286
(zitiert: Kohlhaas, DRiZ 1966, S. 286)
- KOHLHAAS, Max Eine Lücke im Verfahren der körperlichen Untersuchung nach §§ 81 a und 81 c StPO, DAR 1960, S. 254
(zitiert: Kohlhaas, DAR 1960, S. 254)
- KOHLHAAS, Max Medizin und Recht, München, Berlin, Wien 1969
(zitiert: Kohlhaas)
- KOHLHAAS, Max Strafprozess und Alkohol am Steuer, DAR 1968, S. 69
(zitiert: Kohlhaas, DAR 1968, S. 69)
- KOHLHAAS, Max Verfahrensfragen bei der Blutprobenentnahme, DAR 1956, S. 201
(zitiert: Kohlhaas, DAR 1956, S. 201)
- KOHLHAAS, Max Zwangsbehandlung Betrunkener, Deutsche Medizinische Wochenschrift 1965, S. 842
(zitiert: Kohlhaas, DMW 1965, S. 842)

- KOHLHAAS, Max Zweifelsfragen zu § 81 a StPO aus ärztlicher Sicht, NJW 1968, S. 2277
(zitiert: Kohlhaas, NJW 1968, S. 2277)
- KRAUSS, Detlef Richter und Sachverständiger im Strafverfahren, ZStW Bd. 85 (1973), S. 320
(zitiert: Krauss, ZStW Bd. 85 (1973), S. 320)
- KRIES V., August Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, Freiburg 1892
(zitiert: v. Kries)
- KÜHNE, Konrad Die Wirbelsäulenmethode der Abstammungsprüfung, Handb. f.d.Vormund, 1959, Heft 10 c
(zitiert: Kühne, Handb.f.d.Vormund 1959, Heft 10 c)
- KUHLMANN, Goetz-Joachim Hirnkammerluftfüllung und Hirnarteriographie als "körperliche Eingriffe" gem. § 81 a StPO, NJW 1976, S. 350
(zitiert: Kuhlmann, NJW 1976, S. 350)
- KUHNS, Richard R. Das gesamte Recht der Heilberufe, Berlin 1958
(zitiert: Kuhns)
- LACKNER, Karl Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 11. Aufl., München 1977
(zitiert: Lackner)
- LÁHODA, Frieder und STOCHDORPH, Otto Traumatische Hirnschädigungen, in: Fischer-Herget-Mollowitz, Das ärztliche Gutachten im Versicherungswesen, 3. Aufl., Bd. II, München 1969, S. 35
(zitiert: Láhoda und Stochdorph, Gutachten)
- LANGELÜDDEKE, Albrecht Gerichtliche Psychiatrie, 3. Aufl., Berlin 1971
(zitiert: Langelüddeke)

- LANGENDORFF, Hans Zur Problematik der Strahlengefährdung des Menschen, Medizinische Klinik 1957, S. 251
(zitiert: Langendorff, Med.Klinik 1957, S. 251)
- LEIPZIGER KOMMENTAR Strafgesetzbuch. Begr. von Ebermayer-Lobe-Rosenberg. Hrsg. von v. Baldus, G. Willms, 9. Aufl., Berlin, New York 1971 - 1974
(zitiert: Leipziger Kommentar unter Angabe des Bearbeiters)
- LENT, Friedrich Zur Abgrenzung des Sachverständigen vom Zeugen im Zivilprozess, ZZP Bd. 60 (1936), S. 9
(zitiert: Lent, ZZP Bd. 60 (1936), S. 9)
- LÖFFLER, Rudolf Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der §§ 81, 81 a StPO, NJW 1951, S. 821
(zitiert: Löffler, NJW 1951, S. 821)
- LÖWE-ROSENBERG Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, 20. Aufl., Berlin 1958
(zitiert: LR unter Angabe des Bearbeiters, 20. Aufl.)
- Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar 1. Bd., Einleitung, §§ 1 - 212 b, 22. Aufl., Berlin, New York 1971
 1. Bd., Einleitung §§ 1 - 111 n, 23. Aufl. Berlin, New York 1976
(zitiert: LR mit Angabe des Bearbeiters und der Auflage)
- LORENZ, Werner Ist selbst die kleinste Röntgenstrahlenmenge für den Menschen gefährlich?, Deutsche Medizinische Wochenschrift 1961, S.470
(zitiert: Lorenz, DMW 1961, S. 470)
- LÜRKEN, Günter Auswahl und Leitung des Sachverständigen im Strafprozess, NJW 1968, S. 1161
(zitiert: Lürken, NJW 1968, S. 1161)
- MARTIUS, Heinrich Strahlenschäden bei der Frau, Medizinische Klinik 1957, S. 255
(zitiert: Martius, Med. Klinik 1957, S. 255)

- MAUNZ-DÜRIG-HERZOG Grundgesetz, Kommentar, München 1973
(zitiert: Maunz-Dürig unter Angabe des Bearbeiters)
- MAYER, Hellmut Der Sachverständige im Strafprozess, in: Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, München und Berlin 1954, S.455
(zitiert: Mayer, Festschr. Mezger, 1954, S. 455)
- MEZGER, Edmund Der psychiatrische Sachverständige im Prozess, Tübingen 1918
(zitiert: Mezger, Der psychiatrische Sachverständige im Prozess)
- MEZGER, Edmund Strafrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., München und Leipzig 1933
(zitiert: Mezger)
- MICHALLEK, Klaus-Jürgen Die Durchsüchung von Personen, Diss. jur. Frankfurt 1969
(zitiert: Michallek)
- MOHR-STAEHELIN Handbuch der Inneren Medizin, Verdauungsorgane, Bd. III, Teil 1, 4. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1953

Handbuch der Inneren Medizin, Neurologie, Bd. V, Teil 1, 4. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1953
(zitiert: Mohr-Staehelin unter Angabe von Band und Bearbeiter)
- MÜLLER, Klaus Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren, Handbuch des Sachverständigenbeweises, Frankfurt 1973
(zitiert: Müller)
- MÜLLER-SAX KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 6. Aufl., Darmstadt 1966
(zitiert: Müller-Sax, KMR)
- NIESE, Werner Narkoanalyse als doppeelfunktionelle Prozesshandlung, ZStW 63 (1951), S. 199
(zitiert: Niese, ZStW 63 (1951), S. 199)
- NIKISCH, Arthur Zivilprozessrecht, Ein Lehrbuch, Tübingen 1952
(zitiert: Nikisch)

- OSTERTAG, Christoph und
STERNSDORFF, Hans-Wolfgang Die Computer-Tomographie. Eine neue Methode zur Feststellung und zum Ausschluß von Hirnschäden, NJW 1977, S. 1482
(zitiert: Ostertag-Sternsdorff, NJW 1977, S. 1482)
- PETERS, Karl Strafprozess. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1966
(zitiert: Peters)
- PIEPGRAS, Uwe Neuroradiologie, Stuttgart 1977
(zitiert: Piepgras)
- POECK, Klaus Neurologie. Ein Lehrbuch für Studierende und Ärzte, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1972
(zitiert: Poeck)
- PONSOLD, Albert Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin, 3. Aufl., Stuttgart 1967
(zitiert: Ponsold unter Angabe des Bearbeiters)
- PSCHYREMBEL, Willibald Klinisches Wörterbuch, 253. Aufl., Berlin 1977
(zitiert: Pschyrembel mit Angabe des Stichwortes)
- REBMANN-ROTH-HERRMANN Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, Stuttgart 1977
(zitiert: Rebmann)
- ROSENBERG-SCHWAB Zivilprozessrecht, 10. Aufl., München 1969
(zitiert: Rosenberg)
- ROSENFELD, Ernst-Heinrich Deutsches Strafprozessrecht, Berlin 1926
(zitiert: Rosenfeld)
- ROSENFELD, Ernst-Heinrich Der Reichsstrafprozess, 4. u. 5. Aufl., Berlin 1912
(zitiert: Rosenfeld, Reichsstrafprozess)
- ROSSMANITH, Walter Die Verfassungsmässigkeit von körperlichen Eingriffen nach § 81 a StPO, Diss. jur. Würzburg 1969
(zitiert: Rossmanith)

- SCHMIDT, Eberhard Der Arzt als Sachverständiger im Strafprozess, Hefte zur Unfallheilkunde, Bd. 55 (1957), S. 162
(zitiert: Eb. Schmidt, Hefte zur Unfallheilkunde, Bd. 55 (1957), S. 162)
- SCHMIDT, Eberhard Zur Frage der Eunarkon-Versuche in der gerichtlichen Praxis, SJZ 1949, Sp. 449
(zitiert: Eb. Schmidt, SJZ 1949, Sp. 449)
- SCHMIDT, Eberhard Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmassnahmen, NJW 1962, S. 664
(zitiert: Eb. Schmidt, NJW 1962, S. 664)
- SCHMIDT, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II: Erl. zur Strafprozessordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozessordnung, Göttingen 1957
(zitiert: Eb. Schmidt, Teil II)
- Nachtragsband I (StPO): Nachträge und Ergänzungen zum Teil II, Göttingen 1967
(zitiert: Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen)
- SCHMIDT, Eberhard Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Erinnerungen an die Arbeit der Wirtschafts-kommission (1947-1949), in: Festschrift für Adolf Arndt, 1969, S. 415, Frankfurt 1969
(zitiert: Eb. Schmidt, Festschr. f. Adolf Arndt, 1969, S. 415)
- SCHMIDT, Eberhard Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, Tübingen 1950
(zitiert: Eb. Schmidt, Wirtschaftsstrafrecht)
- SCHMIDT, Eberhard Zulässigkeit und Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen im Strafverfahren, JZ 1956, S. 206
(zitiert: Eb. Schmidt, JZ 1956, S. 206)
- SCHMITT, Rudolf Ordnungswidrigkeitenrecht dargestellt für den Bereich der Wirtschaft, Köln, Berlin, Bonn, München 1970
(zitiert: Rudolf Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht)

- SCHÖNKE-SCHRÖDER Strafgesetzbuch, Kommentar, 19. Aufl.,
München 1978
(zitiert: Schönke-Schröder)
- SCHORN, Hubert Der Schutz der Menschenwürde im Straf-
verfahren, Neuwied und Berlin 1963
(zitiert: Schorn)
- SCHRADER, Adolf und
STOCHDORPH, Otto Die gedeckten Schädel-Hirntraumen vom
internistisch-neurologischen Standpunkt,
in: Fischer-Herget-Mollowitz, Das ärztliche
Gutachten im Versicherungswesen, 3. Aufl.,
Bd. II, München 1969, S. 17
(zitiert: Schrader und Stochdorph, Gut-
achten)
- SCHULZ, Georg Arztrecht für die Praxis, 3. Aufl.,
Hannover 1965
(zitiert: Schulz, Arztrecht)
- SCHULZ, Georg Strafprozessordnung mit Erläuterungen
für Polizei und Kriminalbeamte, 3. Aufl.,
Hamburg 1966
(zitiert: Schulz)
- SIELAFF, Hans-Jürgen Internistische Röntgendiagnostik in
Klinik und Praxis, Stuttgart 1963
(zitiert: Sielaff)
- SPANN, Wolfgang Ärztliche Rechts- und Standeskunde,
München 1962
(zitiert: Spann)
- SPANN, Wolfgang Sind zwangsweise Magenausheberungen und
Blasenkatheterismus zur Klärung eines
Tatbestandes rechtlich vertretbar? Münch-
ner Medizinische Wochenschrift 1968,
S. 887
(zitiert: Spann, MMW 1968, S. 887)
- SPANN, Wolfgang Kann man Schlafmittel im Blut oder im Urin
nachweisen? Münchner Medizinische Wochen-
schrift 1968, S. 752
(zitiert: Spann, MMW 1968, S. 752)

- SPENDEL, Günter Wahrheitsfindung im Strafprozess, JuS 1964, S. 465
(zitiert: Spendel, JuS 1964, S. 465)
- STAEHLER, Werner Klinik und Praxis der Urologie, Klinik, Indikation, Diagnostik, operative und instrumentale Eingriffe, Nachbehandlungen, Bd. I und II, Stuttgart 1959
(zitiert: Staehler)
- TRÖNDLE, Herbert Der Sachverständigenbeweis, JZ 1969, S. 374
(zitiert: Tröndle, JZ 1969, S. 374)
- TSCHIRREN, Bruno Der Narkosezwischenfall, Ätiologie, Prophylaxe und Therapie, 2. Aufl., Stuttgart, Bern, Wien 1976
(zitiert: Tschirren, Der Narkosezwischenfall)
- Verhandlungen Juristentag Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Essen 1966, Bd. I Teil 3 A, München 1966

Bd. II (Sitzungsberichte), München 1967
(zitiert: Verh. 46. dt. Juristent. unter Angabe von Band und Verfasser)
- WELZEL, Hans Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin 1969
(zitiert: Welzel)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abh.	Abhandlungen
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
Arch.f.Krim.	Archiv für Kriminologie
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen
Bd.	Band
begr.	begründet
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsge- richts
DAR	Deutsches Autorecht
Diss.jur.	juristische Dissertation
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Erl.	Erläuterungen
Festschr.	Festschrift
Fussn.	Fussnote
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäss

ggfs.	gegebenenfalls
Handb.f.d.Vormund	Handbuch für den Vormund
GG	Grundgesetz
hrsg.	herausgegeben
insbes.	insbesondere
JMBlnRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KMR	vgl. im Literaturverzeichnis unter: Müller-Sax
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LM	Lindenmaier-Möhring (Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofes)
LR	vgl. im Literaturverzeichnis unter: Löwe-Rosenberg
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
med.	medizinisch
MMW	Münchner Medizinische Wochenschrift
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Rdn.	Randnote
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
S.	Seite
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	Spalte
StA	Staatsanwaltschaft

StPO	Strafprozessordnung
Urt.	Urteil
Verh.dt.Juristent.	Verhandlungen des deutschen Juristentages
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZPO	Zivilprozessordnung
ZuSEG	Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A. E I N L E I T U N G

Ärztliche Standespflichten und die Zuziehung des Arztes im Strafverfahren.

"Der Arzt dient der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes", formuliert die Bundesärzteordnung in § 1 Abs.1¹. Diese der gesamten ärztlichen Tätigkeit vorgeordnete Norm statuiert die Pflichtigkeit des Arztes gegenüber dem Individuum und der Volksgesamtheit. Oberstes Gesetz des ärztlichen Handelns ist die Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit des Patienten². Aus diesem Grundsatz heraus kann es zu einer Kollision zwischen den Bestimmungen der ärztlichen Berufsordnung und den ärztlichen Standespflichten mit den Normen der Strafprozessordnung kommen³, denn diese gestattet dem Arzt unter bestimmten Voraussetzungen Eingriffe in die Körperintegrität des Menschen⁴, die Heilzwecken nicht dienlich sind. Hat der Arzt im Rahmen des § 75 StPO der Ernennung zum Sachverständigen Folge zu leisten, so kann er nach richterlicher Anordnung auch zur Vornahme körperlicher Eingriffe verpflichtet werden.

Soweit etwa eine Blutentnahme oder sonstige körperliche Eingriffe im Zusammenhang mit wissenschaftlichen Versuchen zur Diskussion stehen, handelt es sich zwar auch nicht um Eingriffe im Rahmen des eigentlichen Heilzwecks, doch müssen derartige Massnahmen im weitesten Sinne für die Volksgesundheit als dienlich angesehen werden.

1 Bundesärzteordnung vom 2.10.1961 (BGBl I, S. 1857) in der Bekanntmachung der Neufassung vom 14.10.1977 (BGBl. I, S. 1885)

2 Vgl. das ärztliche Gelöbnis i.d.F. vom 59. dt.Ärzte-tag in Kuhns, Stichwort "Berufspflichten"

3 Spann in Ponsold, S.49; Spann, S. 163

4 Vgl. §§ 81 a und 81 c StPO

Anders liegt es dagegen bei den Eingriffen in die Körperintegrität, die aufgrund strafprozessualer Normen zulässig sind und zur Wahrheitsfindung im Prozess dienen sollen. Es würde zu weit führen, wollte man diese Eingriffe global noch als der Volksgesundheit dienlich bezeichnen. Zwar erfüllt auch die Strafjustiz -als deren Beauftragter der Arzt in einem solchen Fall tätig wird- ihre Aufgabe im Interesse des Gesamtwohls eines Volkes, indem sie zu einem gesicherten Zusammenleben unter Wahrung von Recht und Ordnung beiträgt, doch finden sich insoweit keine Anknüpfungspunkte mehr zu den grundlegenden ärztlichen Berufspflichten. So scheint sich in der Tat diese Seite der ärztlichen Tätigkeit nicht in das von der Berufsordnung und dem Ärztegelöbnis geprägte Bild einzufügen. Dieses Problem hat schon Beling¹ -allerdings aus der Sicht des Beschuldigten- aufgegriffen, indem er Eingriffe in die Leibesintegrität ohne Zustimmung des Betroffenen für gänzlich ausgeschlossen hielt. Dennoch hat aufgrund der Wertentscheidung des Gesetzgebers die Wahrheitsfindung im Strafprozess bis zu einem gewissen Grade Vorrang sowohl vor dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Körperintegrität des Einzelnen, als auch vor den berufsethischen Pflichten des Arztstandes. Inwieweit gerade unter dem letzteren Aspekt verfassungsrechtliche Konflikte auftreten können, bedürfte einer näheren Untersuchung.

Herrscht auch heute noch Streit darüber, ob der *lege artis* zu Heilzwecken durchgeführte körperliche Eingriff tatbestandsmässig als Körperverletzung anzusehen

¹ Beling, S.12

ist¹, so dürften an einer tatbestandsmässigen Körperverletzung des ärztlichen Eingriffs im Rahmen strafprozessualer Vorschriften kaum Zweifel bestehen.

Die Normen der Strafprozessordnung, nach denen körperliche Eingriffe für zulässig erklärt werden, durchbrechen als Rechtfertigungsgründe das Regelverhältnis zwischen der Erfüllung eines materiellen Straftatbestandes und der daraus grundsätzlich resultierenden Rechtswidrigkeit der Handlung. Die besondere Bedeutung der Rechtfertigungsgründe der Strafprozessordnung besteht darin, dass sie einer Tat den Makel der Rechtswidrigkeit nehmen. Damit wird der Ausnahmecharakter einer solchen Gesetzesbestimmung, die etwa einen körperlichen Eingriff gestattet, deutlich. Das Vertrauen des Einzelnen in den Staat hat das vielfach mit körperlicher Gewalt verbundene Selbsthilferecht zurücktreten lassen und damit auch der körperlichen Unversehrtheit einen hohen Stellenwert eingeräumt. Dieser Tatsache hat der Staat auch bei der Durchsetzung des Rechts Rechnung zu tragen. Daher muss der staatliche Strafanspruch dort zurücktreten, wo die Verwirklichung des materiellen Strafrechtes über das Strafprozessrecht vom Strafrecht zu schützende Rechtsgüter in einer Weise beeinträchtigt, die die Bedeutung des Strafrechtes selbst in Frage stellt. Dieser allgemeine Grundsatz ist stets zu beachten, wenn unter Berücksichtigung der Besonderheiten

¹ Vgl. zum Stand der Meinungen Schönke-Schröder, Rdn. 27-64 zu § 223 StGB; Dreher, Rdn. 9 zu § 223 StGB; die Rspr. geht davon aus, dass auch der kunstgerecht und mit Erfolg durchgeführte Eingriff tatbestandsmässig als Körperverletzung anzusehen ist; RGSt 25, 375 (378); 38, 34 (35); 74, 91 (93); BGH NJW 1956, S. 1106 (1107); BGHSt 11, 111 (115); 16, 309 (311); BGHZ 29, 33 (36); OLG Hamm, MDR 1963, S. 520 (521); während das Schrifttum weitgehend anderer Meinung ist, vgl. Schönke-Schröder, Rdn. 30 ff. zu § 223 StGB; Welzel, S. 289; Bockelmann, JZ 1962, S. 525 (529)

des Einzelfalles Inhalt und Zulässigkeit der ärztlichen Eingriffe in die Körperintegrität eine nähere Untersuchung erfahren sollen.

B. UMFANG UND GRENZEN DER ÄRZTLICHEN EINGRIFFE IN DIE KÖRPERINTEGRITÄT.

I. Die körperliche Untersuchung des Beschuldigten nach § 81 a StPO.

1. Allgemeine Fragen.

a) Die Entstehungsgeschichte

Für die Frage der ärztlichen Tätigkeit im Strafverfahren kommt § 81 a StPO eine überragende Bedeutung zu. Hier wird das Recht zur Vornahme körperlicher Eingriffe beim Beschuldigten -soweit diese überhaupt zulässig sind- ausschliesslich dem Arzt übertragen.

Die Vorschrift entstammt dem Ausführungsgesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher vom 24.11.1933 (RGBl. I, S. 1000). Sie wurde, nachdem die ursprünglich darin enthaltene Regelung über die Untersuchung anderer Personen als des Beschuldigten durch das Vereinheitlichungsgesetz vom 12.9.1950 (BGBl. I, S. 455) herausgelöst worden war, aufgrund des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4.8.1953 (BGBl. I, S. 735) geändert. Schon die Stellungnahmen zur Änderung des § 81 a StPO, die von einer "sehr glücklichen Neufassung"¹ bis hin zu

1 Eb. Schmidt, Teil II, Erl. 3 zu § 81 a StPO

einem "dunklen Wortlaut"¹ reichten, zeigen die Problematik dieser Bestimmung, die in der Tat von ihrem Wortlaut her nicht geeignet ist, dem Richter oder dem Arzt die Grenzen seiner Befugnisse aufzuzeigen.

- b) Die Abgrenzung der körperlichen Untersuchung (des körperlichen Eingriffs) von der körperlichen Durchsuchung nach § 102 StPO.

Bereits bei der Abgrenzung der körperlichen Untersuchung zur Personendurchsuchung nach § 102 StPO sind Kontroversen aufgetreten. Nach Meyer² kommt es auf eine scharfe Unterscheidung nicht an, da die Voraussetzungen des § 81 a StPO und des § 102 StPO praktisch übereinstimmen. Dem muss entgegengetreten werden, zumal nach der Gesetzessystematik die körperliche Untersuchung den Oberbegriff bildet³, unter den auch der körperliche Eingriff fällt. Schon aus diesem Grunde bedarf es einer Abgrenzung zur körperlichen Durchsuchung. Die von Meyer besonders hervorgehobene Unterscheidung von "Untersuchung" und "Eingriff" ist von nicht minder grosser Bedeutung; wegen des Verhältnisses von Ober- und Unterbegriff innerhalb des § 81 a StPO⁵ ist aber zumindest

1 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm. 1 zu § 81 a StPO

2 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 16 zu § 81 a StPO im Gegensatz zu Tillmann in LR, 20. Aufl., Anm. 4 zu § 81 a StPO, der ebenfalls zwischen körperlicher Untersuchung und Durchsuchung scharf unterschieden hat

3 Müller-Sax, KMR, Anm. 2 b zu § 81 a StPO; Dzendzalowski, S. 15

4 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 23 zu § 81 a StPO

5 Vgl. auch Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 4 insb. Erl. 13 f. zu § 81 a StPO

eindeutig klarzustellen, ob eine Massnahme unter § 81 a oder § 102 StPO einzuordnen ist.

Bei der Abgrenzung der körperlichen Untersuchung von der Durchsuchung einer Person muss zunächst deutlich gemacht werden, dass der Text des § 102 StPO abgefasst wurde, bevor § 81 a StPO in das Gesetz eingefügt worden ist¹. Nachdem die Strafprozessordnung ursprünglich keine Bestimmungen über die körperliche Untersuchung enthielt, wurden zur Ausfüllung dieser Lücke die Bestimmungen über die Durchsuchung herangezogen². Eine weite Auslegung des § 102 StPO im Hinblick auf die Personendurchsuchung ist mit der Schliessung dieser Lücke durch den § 81 a StPO aber nicht mehr gerechtfertigt.

Es ist versucht worden, die Unterscheidung zwischen körperlicher Untersuchung und körperlicher Durchsuchung von der inneren Zweckbestimmung der Massnahmen her durchzuführen. Danach ist das Suchen nach Gegenständen auch an der Körperoberfläche und in natürlichen Körperhöhlen oder -öffnungen Durchsuchung, das Nachforschen nach Spuren oder Tatfolgen dagegen Untersuchung³. Zu welchem Ergebnis die Unterscheidung nach der Zweckbestimmung führen kann, zeigt das von Tillmann⁴ gewählte Beispiel besonders anschaulich. Danach ist eine Magenausheberung

1 Vgl. oben S. 4

2 RGSt 14, 189 (193); 42, 440

3 Müller-Sax, KMR, Anm. 2 a zu § 81 a StPO; Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 4 zu § 102 StPO, Gerland, S. 249; Henkel, S. 294; Schulz, Anm. C 2 zu § 102 StPO

4 Tillmann in LR, 20. Aufl., Anm. 3 zu § 81 a StPO

Untersuchung, wenn Vergiftungserscheinungen festgestellt werden sollen, Durchsuchung dagegen, wenn nach einem verschluckten Gegenstand gefahndet wird. Diese bei dem gewählten Abgrenzungskriterium an sich notwendige Schlussfolgerung wird von anderen Autoren, die ebenfalls nach der Zweckbestimmung abgrenzen, allerdings nicht mitvollzogen¹. Auch sie ordnen das Suchen nach Gegenständen im Körperinnern der körperlichen Untersuchung nach § 81 a StPO zu. Damit aber lässt sich die Unterscheidung nach der Zweckbestimmung entweder nicht konsequent durchführen, oder aber der nach dem Willen des Gesetzgebers gerade dem Arzt vorbehaltene körperliche Eingriff könnte durch Änderung der Zielrichtung einer Massnahme der engeren Regelung des § 81 a StPO entzogen werden.

Eine Abgrenzung zwischen körperlicher Untersuchung und Personendurchsuchung, die den rechtsstaatlichen Grundsätzen im Sinne eines modernen Verfassungsverständnisses in ausreichendem Masse Rechnung trägt, muss daher vom Objekt der Untersuchung her erfolgen. Gegenstand der Nachforschungen nach § 102 StPO dürfen daher nur die sich an einer Person -und zwar in der Regel in Form von Kleidungsstücken- befindlichen Sachen sein, während Gegenstand der Nachforschungen nach § 81 a StPO gerade die Person selbst ist. Auch Michallek² versucht -im Ansatz zunächst richtig-, den Weg für die Abgrenzung im

1 Müller-Sax, KMR, Anm.2 a zu § 81 a StPO; Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 4 zu § 102 StPO

2 Michallek, S. 48

wesentlichen über die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen zu gehen. Allerdings führt eine Unterscheidung zwischen Massnahmen, die lediglich das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs.1 GG (körperliche Durchsuchung nach § 102 StPO) berühren und Massnahmen, die einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs.2 GG darstellen (körperliche Eingriffe nach § 81 a StPO), nicht weiter, da auf diese Weise nur die ohnehin eindeutigen Fälle ausgeschieden werden. Geht man allgemein davon aus, dass die Grenzen für Eingriffe in Grundrechte um so enger zu ziehen sind, je stärker sich der Eingriff auf den Einzelnen auswirkt, so ist jede Massnahme, die die Intimsphäre des Betroffenen berührt, den engeren Bestimmungen über die körperliche Untersuchung (§ 81 a StPO) und nicht lediglich der Personendurchsuchung (§ 102 StPO) zuzuordnen. Die körperliche Durchsuchung von Personen beschränkt sich daher ausschliesslich auf die am Körper befindlichen Kleidungsstücke oder sonstige Gegenstände, soweit diese nicht in Körperhöhlen oder -öffnungen verborgen sind¹. Alle darüber hinausgehenden Massnahmen, die den unbekleideten menschlichen Körper zum Gegenstand haben, sind dagegen körperliche Untersuchungen², auch wenn sie auf das Auffinden von Gegenständen gerichtet sind.

1 Peters, S. 277; Dünnebier in LR, 22. Aufl., Anm.5 zu § 102 StPO; Eb. Schmidt, Teil II, Erl. 11 zu § 102 StPO; Fuhrmann in Dalcke, Anm.3 zu § 102 StPO; Geerds, GA 1965, S. 321 (334); Dzendzalowski, S.15; a.A. Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.16, 23 zu § 81 a StPO;

2 So schon Beling, ZStW Bd.15 (1895), S. 471 (472)

c) Der körperliche Eingriff.

Der körperliche Eingriff als qualifizierter Fall der körperlichen Untersuchung umfasst daher alle Massnahmen, die zu einem Eindringen in das haut- und muskelumschlossene Körperinnere¹ oder in natürliche Körperöffnungen führen, aber auch Eingriffe, die zwar keine Verletzung des Körpers bedeuten, wohl aber Schmerzen verursachen können². Als körperlicher Eingriff im Sinne des § 81 a StPO muss aber auch eine solche körperliche Untersuchung angesehen werden, die nur unter Zuhilfenahme besonderer medizinischer Instrumente oder Medikamente durchgeführt werden kann (Sonden, Katheter, Röntgengeräte, Elektrokardiograph, Abführmittel, Brechmittel etc.³).

Dabei kommt es nicht auf das angestrebte Ziel an, denn der Regelung des § 81 a StPO liegt auch die gesetzgeberische Vorstellung zu Grunde, dass derartige Massnahmen, die der Beschuldigte dulden muss, nur von der sachkundigen Hand des Arztes ausgeführt werden⁴. Damit wird darüber hinaus aus der Sicht des Beschuldigten die neutrale -also von der Strafverfolgungsbehörde und den Gerichten losgelöste- Durchführung der Eingriffe gewährleistet. Der Begriff des körperlichen Eingriffs muss

1 Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 5 zu § 81 a StPO; ebenso Eb. Schmidt, NJW 1962, S. 664

2 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.3 zu § 81 a StPO; a.A. jetzt Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 23 zu § 81 a StPO

3 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.3 zu § 81 a StPO; ebenso aus medizinischer Sicht, Göbbels, S.7; a.A. Dzendzalowski, S.16, der nicht begründet, weshalb das von ihm gewählte Beispiel des Abtastens der Gebärmutter oder des Abstrichs nicht als Eingriff gewertet werden sollte; auch Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 23 zu § 81 a StPO

4 Müller, S. 287

daher eine weite Auslegung erfahren, wobei es nicht darauf ankommt, dass der Eingriff zur Feststellung des körperlichen oder geistigen Seins dient, wie es sich unabhängig vom Willen der Untersuchungsperson darstellt (pathologische Veränderungen, Psychosen, Defloration etc.). Der körperliche Eingriff muss auf jeden Fall auch bejaht werden, wenn es darum geht, Bestandteile aus dem Körperinneren zu gewinnen¹ (Blut, Mageninhalt, Fremdkörper).

2. § 81 a StPO in verfassungskonformer Interpretation.

a) Die Problemstellung.

Über die oben bereits diskutierte Abgrenzungsproblematik zwischen körperlicher Untersuchung und Durchsuchung² und die Unterscheidung zwischen körperlicher Untersuchung und körperlichem Eingriff³ hinaus, bereitet auch die Frage, wer als Beschuldigter im Sinne von § 81 a StPO anzusehen ist, Schwierigkeiten. Des weiteren lässt sich zunächst nicht eindeutig klären, wann eine Tatsachenfeststellung für das Strafverfahren von Bedeutung

¹ Vgl. auch Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 5 zu § 81 a StPO; BGHSt 5, 332 (334). Wenn der BGH allerdings meint, dass Gegenstand der Eingriffe nur die Untersuchung auf die körperliche Beschaffenheit in ihrer äusseren und inneren Seinsweise (konkret) sein könne, so ist ihm nicht zuzustimmen. Auch die geistig-psychische Verfassung ist eine Tatsache, die von Bedeutung sein kann, aber dennoch keinen konkret sichtbaren pathologischen Befund ergibt, wie ihn der BGH offenbar im Auge hat.

² Vgl. oben S. 5 ff.

³ Vgl. oben S. 9 f.

ist. § 81 a StPO entbehrt daher von seinem Wortlaut her insgesamt der wünschenswerten Klarheit und Schärfe¹.

Dennoch soll nicht grundsätzlich von der Verfassungswidrigkeit des § 81 a StPO ausgegangen werden². Das von der Verfassung statuierte Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs.2 Satz 1 GG) steht unter Gesetzesvorbehalt (Art. 2 Abs.2 Satz 3 GG) und kann daher durch einfaches Gesetz eingeschränkt werden³. Vom Wortlaut her ist die Ermächtigung zu Eingriffen aber zu unbestimmt, um für den Einzelnen noch einen ausreichenden Grundrechtsschutz zu gewährleisten. So wären körperliche Eingriffe ohne Rücksicht auf den Grad der Wahrscheinlichkeit einer Täterschaft, die Schwere der Straftat oder die Möglichkeit anderer Aufklärung zulässig. Damit zeigt § 81 a StPO nur den äussersten Rahmen für Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit auf und ist nicht geeignet, am Einzelfall die Grenzen ausreichend zu verdeutlichen.

1 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 1 zu § 81 a StPO; im Ergebnis zustimmend BVerfGE 16, 194 (200 f.); auch Eb. Schmidt, Teill II, Erl. 7 a zu § 81 a StPO gesteht dies für den Begriff des Beschuldigten zu, ohne darin aber ein Problem für die Frage der Verfassungsmässigkeit des § 81 a StPO zu sehen

2 So aber Sautter, AcP Bd. 161 (1962), S. 215 (247 ff.); auch Sax in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, S. 909 (1986); auch Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 3 zu § 81 a StPO zieht die Verfassungsmässigkeit jetzt in Zweifel; ebenso Schorn, S. 110 f.; Rossmanith, S. 34, 35, 80

3 BVerfGE 5, 13 (15)

Der Gesetzesvorbehalt des Grundgesetzes stellt keine Blankovollmacht zur beliebigen Einschränkung von Grundrechten dar und darf daher niemals von der Gewährleistung des Grundrechts abgelöst werden, sondern ist stets "im Lichte der Bedeutung der Grundrechte"¹ zu sehen. Über die Einschränkungen für körperliche Eingriffe hinaus, die sich aus dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung ergeben, muss daher unter Berücksichtigung des Normzwecks die Beachtung der Wertmassstäbe des Grundgesetzes gefordert werden². Aufgabe der Begrenzung der Grundrechte ist es, die Gewährleistungen der Freiheitsrechte anderen Rechtsgütern zuzuordnen, die für das Leben des Gemeinwesens bedeutsam sind³. Diesem Zweck soll auch § 81 a StPO dienen. Die Interessen des Einzelnen an seiner körperlichen Unversehrtheit und die Interessen der Allgemeinheit an einer wirksamen am Gedanken der Gerechtigkeit orientierten Strafrechtspflege zur allgemeinen Bewahrung der Rechtsordnung müssen zueinander in "praktische Konkordanz"⁴ gebracht werden. Dies erfordert eine allgemeine Beachtung des Prinzips der Verhältnismässigkeit, denn die grundrechtliche Gewährleistung darf ihrer Wirksamkeit niemals mehr als notwendig beraubt werden⁵.

1 BVerfGE 17, 108 (117); vgl. auch BVerfGE 7, 198 (208 f.); 12, 113 (124 f.); 13, 318 (325)

2 BVerfGE 16, 194 (201) und 17, 108 (117)

3 Hesse, S. 135

4 Hesse, S. 135

5 Nicht zu Unrecht fordert allerdings Sarstedt, Verh. 46. dt. Juristent., Bd. II, S. F 67 r.Sp., These 3 eine erschöpfende gesetzliche Regelung der zulässigen Eingriffe

Unter diesem Blickwinkel lassen sich auch die durch den Wortlaut des § 81 a StPO offenen Fragen lösen. Über eine verfassungskonforme Interpretation behält diese Bestimmung ihre Gültigkeit. Damit werden auch die von der Verfassung vorgezeichneten Grenzen der Aufklärungspflicht im Strafverfahren aufgezeigt. Die Erkenntnis, "dass das Strafverfahren nicht nur Werte zu schützen geeignet ist, sondern auch die Gefahr der Zerstörung gemeinschaftlicher und persönlicher Werte in sich birgt"¹, hat zu einer Relativierung strafprozessualer Aufgaben geführt. Es ist "kein Grundsatz der Strafprozessordnung, dass die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müsste"².

b) Verhältnismässigkeitsgrundsatz und Übermassverbot.

aa) Allgemeine Gesichtspunkte.

Wie bei allen staatlichen Eingriffen ist auch für die Anwendung des § 81 a StPO der Grundsatz der Verhältnismässigkeit strikt zu beachten³. Dies bedeutet, dass der körperliche Eingriff zur Feststellung für das Strafverfahren bedeutsamer Tatsachen geeignet sein muss, dass bei Eingriffen mit gleichem Erkenntniswert derjenige gewählt wird, der den Einzelnen am wenigsten beeinträchtigt,

1 Peters, Verh. 46. dt. Juristent., Bd. I Teil 3 A

2 BGHSt 14, 358 (365)

3 Für die Unterbringung zur Begutachtung des Geisteszustandes ist dies jetzt in § 81 Abs. 2 Satz 2 StPO ausdrücklich geregelt (Bekanntmachung in der Neufassung der StPO v. 7.1.1975, BGBl. I, S. 129)

dass der Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zum Gewicht der Straftat steht und schliesslich erkennbar keinen Nachteil herbeiführt, der ausser Verhältnis zum Erfolg steht. Es ist also einmal auf die Schwere des Tatverdachts, zum anderen auf die Schwere der Straftat und schliesslich auf die Relation zwischen der Schwere des Eingriffs und der Straftat abzustellen.

bb) Die Zulässigkeit körperlicher Eingriffe bei Ordnungswidrigkeiten, Vergehen und Verbrechen.

Die Aussage des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, nach der die körperlichen Eingriffe in einem angemessenen Verhältnis zur Straftat stehen müssen, setzt die Schwere des Eingriffs in Relation zur Schwere der Straftat. Dies kann bereits dazu führen, dass bei bestimmten Gesetzesverstössen -nämlich bei denen, die als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden- körperliche Eingriffe in der Regel als schlechthin unzulässig angesehen werden müssen. Aus diesem Grunde kommt dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Bedeutung nicht erst bei der Prüfung der Zulässigkeit des einzelnen Eingriffs zu. Die Problematik wird vorverlagert und tritt bereits, unabhängig von den überhaupt möglichen Eingriffen in die Körperintegrität, bei der Art der Tat in Erscheinung. Zwar rechtfertigt das öffentliche Interesse an der Aufklärung strafbarer Handlungen, das in dem rechtsstaatlich besonders wichtigen Legalitätsprinzip wurzelt (§ 152 Abs.2 StPO), auch Eingriffe in Grundrechte des Beschuldigten¹, doch muss dieses Interesse im Einzelfall schwerer wiegen als die körperliche Unversehrtheit des Tatverdächtigen. Dies muss umso mehr für Ord-

1 BVerfGE 16, 194 (202)

nungswidrigkeiten gelten, bei deren Verfolgung die Verwaltungsbehörden nicht einmal dem Legalitätsprinzip unterworfen sind. Nur so wird dem Gedanken einer praktischen Konkordanz, bei dem es darum geht, Freiheitsrechte und andere Rechtsgüter einander zuzuordnen, Rechnung getragen. Dabei geht es nicht um eine Güterabwägung¹, bei der von vornherein einzelnen Rechtsgütern ein bestimmter Stellenwert zugeordnet wird, denn damit bestünde "die Gefahr einer unzulässigen Veränderung der verfassungsmässig normierten Verhältnisbestimmung von Grundrechten und anderen Rechtsgütern"². Körperliche Eingriffe dürfen daher grundsätzlich nur angeordnet werden, wenn im Einzelfall -unabhängig von der abstrakten Gewichtung eines Rechtsgutes- unverzichtbare überwiegende Gegeninteressen dies erfordern.

Die grössten Bedenken treten dabei zunächst bei den Ordnungswidrigkeiten auf. Auch hier hat der Gesetzgeber in § 46 Abs.4 OWiG -zwar beschränkt auf Blutproben und andere geringfügige Eingriffe- § 81 a Abs.1 Satz 2 StPO für grundsätzlich anwendbar erklärt³.

1 Klug, Verh. 46. dt.Juristent., Bd. II, S. F 37 f. spricht fälschlicherweise von einer Güterabwägung

2 Hesse, S. 135

3 Kohlhaas, DAR 1968, S. 69 (71 f.) hält die grundsätzliche Zulässigkeit von Eingriffen in die Körperintegrität bei Ordnungswidrigkeiten für sehr fragwürdig. Gerade im Hinblick auf eine Senkung der Alkoholgrenze auf 0,5 bis 0,8 Promille (aus der Sicht des damaligen Rechtszustandes) passe die StPO nicht mehr, da sie zu Eingriffen zwingt, die nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu weitgehend seien. Ebenso Kohlhaas, DAR 1960, S. 254

Der Gesetzesvorbehalt des Art.2 Abs.2 Satz 3 GG würde eine derartige Regelung sicher nicht mehr decken, folgte man hier der Abgrenzung der Ordnungswidrigkeiten von den Straftaten nach der bei Einführung des Ordnungswidrigkeitenrechts vertretenen Auffassung. Danach sollte es sich bei den Ordnungswidrigkeiten um Verstösse gegen Gebots- oder Verbotsnormen handeln, die im wesentlichen ordnungssetzende oder ordnungserhaltende Bedeutung haben, die also ethisch wertneutralen Verwaltungsgehorsam ahnden und sich dadurch von den Straftaten, bei denen die Schuld gerade in einer ethischen Verwerflichkeit besteht, absetzen¹.

Allerdings hat von Anfang an zwischen Geldstrafe und Geldbusse ein wesentlicher materieller Unterschied nicht bestanden und die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechtes hat die ursprüngliche Unterscheidung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ohnehin nicht mehr eingehalten², so dass -wie insbesondere Rudolf Schmitt³ überzeugend darlegt- die Grenzziehung nicht mehr in der obigen Weise erfolgen kann. Ist es schon seit Jahren nicht zu übersehen, "dass sich das moderne Ordnungswidrigkeitenrecht weit über den blossen Verwaltungsgehorsam hinaus in den Bereich des Rechtsgüterschutzes hinein entwickelt hat"⁴, so wird spätestens mit der Um-

1 Eb. Schmidt, Wirtschaftsstrafrecht, S. 21 ff.;
Eb. Schmidt, Festschr. f. Adolf Arndt 1969, S. 415 ff.

2 vgl. insbesondere § 24 a StVG

3 Rudolf Schmitt, Ordnungswidrigkeitenrecht, S. 12 ff.

4 Rudolf Schmitt, aaO, S. 14, so dem Sinn nach auch
Rotberg, S. 47 f.; Göhler, JZ 1968, S. 583 Fussn.
6 m.w.Nachw.

stellung der Verkehrsübertretungen auf Ordnungswidrigkeiten deutlich, dass die Rechtsverletzungen innerhalb des Kriminalrechts und des Ordnungsrechts von ihrer materiellen Bedeutung her nicht nach qualitativen sondern nach quantitativen Merkmalen zu unterscheiden sind¹.

Damit entfallen zwar die grundsätzlichen Bedenken, § 81a Abs.1 Satz 2 StPO auch im Ordnungswidrigkeitenrecht anzuwenden, doch wird es bei den Ordnungswidrigkeiten im Einzelfall für die Frage der Zulässigkeit körperlicher Eingriffe besonders sorgfältiger Abwägung bedürfen. Denn nach der Vorentscheidung, die der Gesetzgeber mit der Einordnung einer Handlung unter das Ordnungswidrigkeitenrecht bereits getroffen hat, werden nur noch wenige Fälle bleiben, in denen unverzichtbare überwiegende Gegeninteressen wirklich einen körperlichen Eingriff erfordern². Dabei ist vor der Abwägung im Einzelfall die Bussgeldnorm unabhängig von der Schwere des konkreten Verstosses dahingehend zu überprüfen, ob von ihrer Bedeutung im System der zu schützenden Gemeinschaftsgüter körperliche Eingriffe überhaupt gerechtfertigt sein können.

Dies ist allenfalls anzunehmen, wo es sich um bussgeldbewehrte Tatbestände handelt, deren Nichtbeachtung zu

1 Heute ganz h.M., vgl. u.a. Göhler, Anm.2 A b vor § 1 m.w.N.

2 Auch nach den Äusserungen des 4. u. 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofes (erwähnt in BVerfGE 17, 108 (113)) können bei Ordnungswidrigkeiten körperliche Eingriffe nur ausnahmsweise in Betracht kommen; Rotberg § 46 Rdn. 8: "Im Bussgeldverfahren ist bei der Anordnung der körperlichen Untersuchung ein strenger Masstab anzulegen"; Göhler, § 46 Anm.E: "Die körperliche Untersuchung kann im Bussgeldverfahren nur in ganz seltenen Fällen in Betracht kommen"

einer erheblichen Gefährdung von Leib, Leben oder wesentlicher Sachgüter führen kann. Hier wäre in erster Linie an eine Untersuchung auf die Zurechnungsfähigkeit zu denken, wobei über das allgemeine Gewicht einer Ordnungswidrigkeit hinaus eine solche Untersuchung ausnahmsweise auch bei wiederholter Begehung weniger bedeutsamer Verstösse in Frage kommen kann¹.

Erst das öffentliche Interesse an der Aufklärung von Vergehen und Verbrechen, ohne das die Bewahrung der Rechtsordnung insgesamt in Frage gestellt wäre, rechtfertigt bei Straftaten grundsätzlich die Einschränkung einzelner grundrechtlicher Gewährleistungen. Hier gewinnt der Grundsatz zwischen Mittel und Zweck in seiner allgemeinsten Form an Bedeutung, denn trotz der zumindest zulässigen Grundrechtsbeschränkung muss der Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Tat stehen und letztlich am Übermassverbot seine Grenze finden². Die Folgen eines Eingriffs, der zur Aufklärung der Straftat dienen soll, dürfen den Beschuldigten nicht stärker belasten, als eine etwa zu erwartende Strafe³, da andernfalls prozessuale Normen, die lediglich der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs dienen, einen ihnen nicht zukommenden Sanktionscharakter annehmen würden.

1 Göhler, Anm. 4 E a zu § 46

2 BVerfGE 16, 194 (202); Müller-Sax, KMR, Anm.1, 2 b zu § 81 a StPO; Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 3 zu § 81 a StPO, wobei selbst bei Anlegung dieses Masstabes noch Bedenken geäussert werden; Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.27 zu § 81 a StPO; Peters, S. 276; Henkel, S. 224; Kleinknecht, NJW 1966, S. 1537 (1540)

3 BVerfGE 16, 194 (202)

cc) Der Tatverdacht als entscheidender Ansatzpunkt

Das Gesetz gestattet einen körperlichen Eingriff beim Beschuldigten, ohne klar erkennen zu lassen, wann eine Person als "Beschuldigter" im Sinne des § 81 a StPO anzusehen ist. Dass darunter der Angeschuldigte (§ 157 1. Halbs. StPO) und der Angeklagte (§ 157 2. Halbs. StPO) zu verstehen sind, begegnet keinen Bedenken. Keinesfalls aber darf die Anordnung des körperlichen Eingriffs den zu Untersuchenden gerade erst zum Beschuldigten machen¹.

Zwar können harmlose Eingriffe mit hohem Erkenntniswert im Gegensatz zu schweren Eingriffen unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit schon bei geringem Tatverdacht in Frage kommen, doch muss selbst bei der Anordnung einer Blutentnahme durch einen Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft zunächst ein ernstzunehmender Verdacht einer strafbaren Handlung bestehen, der sich bereits auf die zu untersuchende Person als "Beschuldigter" konzentriert².

Die verschiedentlich geübte Praxis der Polizei, bei Routinealkoholkontrollen jeden Kraftfahrer zum "freiwilligen" Alkoholblastest aufzufordern und bei Verweigerung des Testes einer Blutentnahme zuzuführen, wird in dieser pauschalen Form von § 81 a StPO sicherlich nicht gedeckt. Allein aus der Weigerung einen ernstzunehmenden Verdacht einer strafbaren Handlung zu konstruieren, würde das Recht, den Alkotest zu verweigern, letztlich ausser Kraft setzen. Ähnlich wie das Schweigen des Angeklagten zu der ihm zur Last gelegten Tat diesem nicht zum Nachteil gereichen darf, so ist es auch mit der Selbstbeziehungsfreiheit nicht zu vereinbaren, lediglich wegen der Verweigerung einer gesetzlich nicht vorgeschriebenen Handlung den Betroffenen als Beschuldigten einer Straftat anzusehen.

1 So aber Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 7 zu § 81 a StPO: spätestens mit der Anordnung des Eingriffs werde der Verdächtige zum Beschuldigten

2 Ähnlich auch Peters, Verh. 46. dt. Juristent., Bd. I, Teil 3 A, S. 143 f.; unzulässiger "Ausforschungsbeweis"; auch Dzendzalowski, S. 17 f., der dabei auf § 152 Abs. 2 StPO ("zureichende tatsächliche Anhaltspunkte") abhebt

Der ernstzunehmende Verdacht einer Ordnungswidrigkeit nach § 24 a StVG oder eines Vergehens nach § 316 StGB muss sich daher zunächst aus anderen Indizien wie dem Fahrverhalten, starkem Alkoholgeruch, Gesichtsfarbe, Bindehautzustand, Pupillenreaktion, eventuelles Erbrechen, Stimmungs- und Ermüdungszeichen ergeben. Derartige Indizien lassen es zu, einen Kraftfahrer als Beschuldigten anzusehen; der Verweigerung des Alkoblastestes darf insoweit weder selbständige noch unterstützende Bedeutung für die Anordnung der Blutentnahme zukommen. So gesehen gewährt der Blastest einem bereits Beschuldigten i.S. von § 81 a StPO gerade die Möglichkeit, sich eines körperlichen Eingriffs, der aufgrund anderer Indizien zulässig wäre, zu entledigen.

Ob bei den angeführten Indizien auf einen alkoholisierten Kraftfahrer allein der Alkoholgeruch ausreicht, um den Betroffenen als Beschuldigten anzusehen, erscheint zumindest zweifelhaft. Einerseits führen schon sehr geringe Mengen Alkohol zu einem Geruch in der Atemluft, andererseits gibt es die oben genannten einfachen weiteren Indizien bei stärkerem Alkoholenuss.

Allerdings dürften sich Prüfungsmethoden wie die Romberg'sche Probe zur Feststellung der Gangsicherheit, das Aufheben von Gegenständen vom Fussboden, die Nasen-Fingerprobe mit geschlossenen Augen, die Drehprobe sowie eine Schriftprobe -Massnamen, die ohnehin eine freiwillige Mitarbeit erfordern¹ - vom Polizeivollzugsbeamten im Strassenverkehr kaum anwenden lassen. Auf jeden Fall abzulehnen ist aber auch hier die Argumentation, dass bei Alkoholgeruch die Verweigerung des Blastestes den entscheidenden Anstoss für einen ernstzunehmenden Tatverdacht ergibt und gerade damit die Voraussetzungen für einen Eingriff nach § 81 a StPO geschaffen werden.

¹ Der Betroffene kann nicht zur Mitwirkung gezwungen werden: Eb.Schmidt, NJW 1962, S.664; Dahs/Wimmer, NJW 1966 S. 2217 (2219); Kleinknecht, NJW 1964, S.2181 (2187); LG Karlsruhe, DAR 1959, S.246; OLG Köln, NJW 1962, S. 692

Soweit die Eingriffe zur endgültigen Feststellung der Täterschaft, der Tatbestandserfüllung oder von Rechtfertigungsgründen erforderlich sind, ist eine Differenzierung allein nach Tatverdacht und Schwere des Eingriffs gerechtfertigt. Kommt einem Eingriff aber nur für die Schuld Bedeutung zu -und gerade hier können die Eingriffe besonders gravierend sein-, so muss zuvor die tatbestandsmässig und rechtswidrig begangene Handlung feststehen¹. Nur so kann eine dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechende Zuordnung des Grundrechts der körperlichen Unversehrtheit zu den grundrechtsbegrenzenden Rechtsgütern -wie hier dem öffentlichen Interesse an einer schuldangemessenen Bestrafung- erfolgen.

dd) Der körperliche Eingriff als ultima ratio.

Obgleich der Wortlaut des § 81 a StPO körperliche Eingriffe immer dann zulässt, wenn diese in irgendeiner Form zur Feststellung von Tatsachen für das Verfahren von Bedeutung sind, so hat sich doch gezeigt, dass bei einer verfassungskonformen Interpretation Eingriffe in die Körperintegrität einer Person nur ultima ratio sein können. Bevor also überhaupt zu körperlichen Eingriffen geschritten werden darf, müssen alle anderen weniger einschneidenden Möglichkeiten der Tataufklärung ausgeschöpft sein². Kommt danach ein körperlicher Eingriff überhaupt in Betracht, so müssen selbst bei im Einzelfall zulässigen schweren Eingriffen zunächst die weniger einschneidenden Methoden Anwendung finden, wenn auch diese ein hinreichend zuverlässiges Ergebnis erwarten lassen³.

1 BVerfGE 17, 108 (119) stellt allerdings auf die Lage des Einzelfalles ab und hält nicht unter allen Umständen die Durchführung einer Beweisaufnahme für erforderlich; Müller-Sax, Anm. 1 zu § 81 a StPO begrüßen dies auf jeden Fall und halten damit § 81 a StPO für weitgehend "entschärft"

2 Peters, Verh. 46. d. Juristent., Bd. I, Teil 3 A, S. 92 (141); Jessnitzner, S. 191 (allerdings nur für die Hirnkammerluftfüllung als Untersuchungsmethode auf den Geisteszustand); OLG Hamm, NJW 1960, S. 1400; sehr deutlich auch Kohlhaas, DRiZ 1966, S. 286 (289)

3 BVerfGE 17, 108 (118)

Allerdings darf in diesem Zusammenhang nicht verkannt werden, dass eine Anhäufung verschiedener leichter Eingriffe unter Umständen eine stärkere Belastung für den Betroffenen mit sich bringen kann als ein schwerer Eingriff, der mit Sicherheit ein Ergebnis erwarten lässt. Findet dabei stets der Grundsatz der Verhältnismässigkeit Beachtung, so dürften bei entsprechender medizinisch sachverständiger Unterrichtung Verstösse vermieden werden.

ee) Absolut unzulässige Eingriffe in die Körperintegrität.

Schon das Bundesverfassungsgericht¹ hat festgestellt, dass es auch für Eingriffe in die Körperintegrität, die durch den Wortlaut des § 81 a StPO gedeckt werden, eine Grenze gibt, deren Überschreitung den Wesensgehalt eines Grundrechts antasten würde. Soweit hier eine absolute untere Grenze -wie etwa das Verbot jeglicher Eingriffe bei unbedeutenden Ordnungswidrigkeiten²- gezogen worden ist, ergibt sich diese Grenze nicht erst aus der Wesensgehaltsschranke, sondern bereits aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der bei allen belastenden Massnahmen des Staates Beachtung finden muss. Das Bundesverfassungsgericht³ ist darüber hinaus der Auffassung, dass einzelne Eingriffe durch die Verfassung schlechthin verboten sind. Dabei ist nicht nur an besonders schwere körperliche Eingriffe zu denken, sondern auch an solche Eingriffe, wie die Eingabe von Medikamenten oder Injektionen, die für sich gesehen harmlos sind, aber zu einer Beeinträchtigung der freien Willensentschliessung führen können. Dabei geht es weder um den Grundsatz der Verhältnismässigkeit noch um einen Eingriff in den Wesensgehalt der körperlichen Unversehrtheit (da es sich ja nicht um schwere körperliche Eingriffe handelt), sondern das absolute Verbot solcher Eingriffe ist aus der freien sittlichen Selbstbestimmung des Menschen, der in Art.1 Abs.1 GG garantierten Menschenwürde, abzuleiten⁴.

1 BVerfGE 16, 194 (201)

2 Vgl. S. 18

3 BVerfGE 16, 194 (201)

4 Döring, S. 217

Als Schlagwort sei hier die "Narkoanalyse" genannt, wobei deren Unzulässigkeit teils aus § 81 a StPO direkt¹, teils aus § 136 a StPO², teils aus beiden Bestimmungen³ abgeleitet wird. Henkel⁴ will dabei sogar differenzieren, ob die Narkoanalyse zum Zwecke der Ausforschung erfolgt, wobei sie dann durch § 136 a StPO verboten sei, oder zu diagnostischen Zwecken im Zusammenhang mit Massnahmen nach § 81 a StPO. Die letztere Aussage macht bereits deutlich, wie bedeutsam es ist, über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und die Wesensgehaltsschranke hinaus, auf die weitere absolute Schranke der Menschenwürde zu verweisen.

Dieser Gesichtspunkt hat mit § 136 a StPO seinen Niederschlag in der Strafprozessordnung gefunden. Danach sind diejenigen körperlichen Eingriffe, deren Durchführung § 81 a StPO grundsätzlich nicht entgegenstünde⁵, dennoch unzulässig, wenn dadurch die Freiheit

1 Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 7 zu § 81 a StPO

2 So Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 43 zu § 136 a StPO; Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 7 zu § 136 a StPO; Müller-Sax, KMR Anm. 3 d zu § 136 a StPO und Anm. 3 zu § 81 a StPO; Peters, S. 279

3 Göppinger, Der Nervenarzt 1952, S. 246 (247); vgl. auch die umfangreiche Darstellung bei Niese, ZStW Bd. 63 (1951), S. 199 ff. (insbes. S. 216 ff.)

4 Henkel, S. 179 und S. 225 f. in Fussn. 12

5 Baumann sagt deutlich, dass der Wortlaut des (S. 56) § 81 a StPO der Zulässigkeit einer Narkoanalyse nicht entgegenstehe; eine sachgerechte Interpretation (ohne Berücksichtigung der Verfassung) verbiete dennoch die Narkoanalyse (S. 57); schliesslich aber doch wieder zweifelnd, ob § 81 a StPO sie tatsächlich verbiete (S. 58); ähnlich Eb. Schmidt, SJZ 1949, Sp. 449 (452) zunächst für Eunarkon- und Evipanversuche; allerdings kann ihm nicht gefolgt werden, wenn er dann doch vom Wortlaut her (nur körperliche Untersuchungen) die Zulässigkeit ablehnt; wie Eb. Schmidt auch Löffler, NJW 1951, S. 821 (822)

der Willensentschliessung oder der Willensbetätigung des Beschuldigten beeinträchtigt wird. Da bereits der Ausgangspunkt der Überlegungen darin besteht, dass mit dem Eingriff nicht bereits ein Übergriff verbunden ist, der gegen § 81 a StPO verstösst, bedarf es keiner näheren Erörterung solcher Eingriffe, die sich als Miss-handlung oder Gesundheitsschädigung darstellen. Die Aufzählung solcher Eingriffe in § 136 a StPO hat lediglich für die Frage der Verwertbarkeit einer Aussage Bedeutung und bedurfte aus diesem Grunde einer gesetzlichen Klarstellung.

Weniger deutlich ist auf die Bedeutung des § 136 a StPO im Zusammenhang mit § 81 a StPO hingewiesen worden. Erst hier nämlich findet sich eine Verdeutlichung des Verbots all derjenigen Eingriffe, die zwar zu Untersuchungszwecken von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst ohne gesundheitliche Nachteile durchgeführt werden können, dabei aber einen erheblichen Eingriff in die Selbstdetermination und die Menschenwürde des Beschuldigten bedeuten. § 136 a StPO enthält demnach eine Ausformung der in Artikel 1 Abs.1 GG niedergelegten Gedanken¹ und ist somit geeignet, die Ausstrahlung dieser Grundrechtsnorm auf § 81 a StPO zu konkretisieren².

1 BGHSt 5, 332 (333); Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 1 zu § 136 a StPO; Peters, S. 279

2 Baumann, S. 38; Art.1 Abs.1 GG gebe für die Beantwortung im einzelnen liegender Fragen lediglich die Richtung

Während § 81 a StPO durch den Gesetzesvorbehalt des Artikel 2 Abs. 2 Satz 3 GG überhaupt erst die Möglichkeit zu körperlichen Eingriffen im Strafverfahren eröffnet, steckt § 136 a StPO durch seine Orientierung an dem den Grundrechten übergeordneten Gedanken der Menschenwürde die absolute Grenze dar. Zwar stellen die Grundrechte immer die Regel, die Vorschriften der Strafprozessordnung über Zwangsmassnahmen immer die Ausnahme dar¹, so dass eine Auslegung zu keinem anderen Ergebnis führen würde, doch trägt eine in diesem Punkt so klare Interpretationshilfe des Gesetzgebers bei dem schwierigen Begriff der Menschenwürde zur Rechtsklarheit bei.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit körperlicher Eingriffe nach § 81 a StPO lassen sich daher unter Berücksichtigung der verfassungsmässigen Schranken drei Stufen unterscheiden:

1. Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss der Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Tat stehen, wobei etwa bei einzelnen Ordnungswidrigkeiten Eingriffe schlechthin ausgeschlossen sein können.

¹ Eb. Schmidt, NJW 1962, S. 664 (665); Dürig in Maunz-Dürig, Rdn. 34 ff. zu Art. 2 GG; Eb. Schmidt, Teil II, Vorb. 8 zum 8. und 9. Absch. (vor §§ 94 ff. StPO)

2. Aufgrund der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs.2 GG sind auch unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit einzelne Eingriffe wegen der gravierenden Belastung für den Betroffenen unzulässig.

3. Aus dem Gedanken der Menschenwürde, in dessen Licht alle Grundrechte zu sehen sind, folgt auch ein Verbot der Eingriffe, die weder unverhältnismässig noch für sich übermässig belastend wirken, die aber die Willensentschliessung beeinflussen und damit die freie Selbstbestimmung des Beschuldigten hinsichtlich des Tatvorwurfes beeinträchtigen können.

3. Rechtliche Schranken für körperliche Eingriffe aus § 81 a StPO selbst.

a) Feststellung für das Verfahren bedeutsamer Tatsachen.

Nach § 81 a StPO sind körperliche Eingriffe -von den aufgezeigten Grenzen¹ abgesehen- zulässig, soweit die angestrebte Feststellung bestimmter Tatsachen für das Strafverfahren von Bedeutung ist. § 81 a StPO zieht dabei die Grenzen des Zulässigen weiter als § 81 c StPO, denn bei § 81 a StPO gilt nicht nur die Beschränkung auf Spuren

¹ Vgl. S. 10 ff.

und Folgen der Straftat¹. Tatsachen können grundsätzlich auch andere Beweisanzeichen sein, die von prozessrechtlicher oder materiellrechtlicher Erheblichkeit sind². Insbesondere ist danach auch ein körperlicher Eingriff zur Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beschuldigten zulässig³.

Bei näherer Betrachtung einzelner ärztlicher Eingriffe wird allerdings deutlich, dass viele dieser Massnahmen zunächst nur indirekt der Tatsachenfeststellung dienen. So kann Untersuchungszweck etwa allein die Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand sein⁴. Die Blutentnahme wiederum ist keine eigentliche körperliche Untersuchung, sondern Vorbedingung für die Blutalkoholbestimmung⁵. Auch die Verabreichung eines Medikamentes zur Hervorrufung eines Brechreizes führt nur mittelbar über den Mageninhalt zu einem Untersuchungsergebnis. Dasselbe gilt für die Eingabe eines Kontrastmittels, ohne das die eigentliche Untersuchung, nämlich die Magendurchleuchtung, nicht möglich wäre. Sogar der schwere Eingriff einer Hirnkammerluftfüllung dient nur der Vorbereitung der Röntgenaufnahme. In zahlreichen Fällen sind es also gerade die "vorbereitenden Massnahmen", die den Betroffenen belasten⁶.

1 Eb.Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl.10 zu § 81 a StPO; Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 12 zu § 81 a StPO; Müller-Sax, KMR, Anm.4 a zu § 81 a StPO

2 BGHSt 5, 332 (336): Klärung des körperlichen Verhaltens gegenüber gewissen Einflüssen wie dem des Alkohols; BayObLG, NJW 1957, S.272; Klärung der Verhandlungsfähigkeit

3 OLG Düsseldorf, JMBINRW 1964, S.249; BGH 3 StR 5/67 vom 15.11.1967, zitiert bei Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 4 zu § 81 a StPO

4 Löffler, NJW 1951, S.821 (822)

5 Rossmanith, S. 58

6 Göppinger, Der Nervenarzt 1952, S. 246

Entscheidend für die Zulässigkeit solcher "mittelbarer" Massnahmen ist zunächst, dass das Untersuchungsergebnis unmittelbar auf das Strafverfahren des zu Untersuchenden bezogen sein muss¹. Darüber hinaus muss der einzelne Eingriff unerlässliche Voraussetzung für eine bestimmte angestrebte Tatsachenfeststellung sein.

Soweit es sich um so eindeutige Fälle wie die Blutentnahme zur Feststellung des Blutalkoholgehaltes oder die Eingabe eines Kontrastbreis zur Magendurchleuchtung handelt, führt diese Abgrenzung zu klaren Ergebnissen. Schwieriger wird die Beurteilung allerdings dann, wenn es um Untersuchungen geht, die ausschliesslich der Vorbereitung des einzelnen Eingriffs dienen. Da die individuelle Verfassung der Untersuchungsperson für die Zulässigkeit eines Eingriffs in jedem Fall von Bedeutung ist, kann der Arzt eigentlich in keinem Fall auf eine -wenn auch nur kurze- allgemeine Begutachtung des Betroffenen verzichten. Dabei muss jedoch davon ausgegangen werden, dass diese allgemeine Untersuchung in unmittelbarem zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit dem eigentlichen Eingriff steht. Nur so kann sie als von der richterlichen Eingriffsanordnung mit gedeckt angesehen werden. Dadurch wird gleichzeitig gewährleistet, dass der Beschuldigte nicht gegen seinen Willen einer umfangreichen Allgemeinuntersuchung unterzogen wird.

1 Müller-Sax, Anm. 4 a zu § 81 StPO; Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 10 zu § 81 a StPO; Dzendzalowski, S. 95

Wenn also ein körperlicher Eingriff allgemein wegen des abstrakten Risikos umfangreiche -etwa sogar wieder mit den Eingriffen verbundene- Voruntersuchungen erfordert oder die individuelle physische oder psychische¹ Situation des Betroffenen einen abstrakt ungefährlichen Eingriff ausnahmsweise nur nach gravierenden Untersuchungen, die räumlich und zeitlich nicht mehr zusammen mit dem Eingriff zu erledigen wären, zulässt, dann entfernen sich derartige Massnahmen zu weit von der eigentlichen Tatsachenfeststellung.

Sie können damit -obgleich der Wortlaut auch eine andere Interpretation zuliesse- vom Schutzzweck des § 81 a StPO auch für den Einzelnen nicht mehr als zulässig angesehen werden.

Bedenklich erscheint auch die Auffassung Sarstedt's², wonach körperliche Untersuchungen (Eingriffe) zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Beschuldigten nicht schlechthin ausgeschlossen seien. Zweifellos unbedenklich sei dies, wenn es um die Bestätigung oder Widerlegung der Behauptungen des Beschuldigten über körper-

1 Vgl. Kuhlmann, NJW 1976, S. 350 (351)

2 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm. 4 zu § 81 a StPO;
a.A. aber Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 13 zu § 81 a StPO;
Dzendszalowski, S. 20

liche Zustände gehe. Soweit solche Tatsachen für das Verfahren von Bedeutung sind (Täterschaft, Schuld), ist eine Untersuchung von § 81 a StPO gedeckt, da es sich hierbei nicht um eine echte Untersuchung auf die Glaubwürdigkeit des Beschuldigten handelt. Zwar ist auch die Glaubwürdigkeit des Beschuldigten eine für das Verfahren bedeutsame Tatsache; doch würde bei einer derartigen Untersuchung die dem Beschuldigten prozessrechtlich garantierte Freiheit zur Aussage oder zum Schweigen verletzt. Dem Beschuldigten ist, ohne dass für diesen eine Pflicht zur Mitwirkung besteht, die Schuld nachzuweisen¹. Eine Untersuchung auf seine Glaubwürdigkeit würde dazu führen, dass dem Beschuldigten keine echten Alternativen hinsichtlich seiner Verteidigung offenstünden, wenn er bei Aussagebereitschaft mit einer Untersuchung auf seine Glaubwürdigkeit rechnen müsste².

1 Rossmann, S. 62 ff. (insbesondere S. 79, 80) geht zu weit, wenn er u.a. aus dem Grundsatz der "Selbstbezüglichkeitsfreiheit" die Unzulässigkeit körperlicher Eingriffe herleiten will. Konsequenz ist dabei allerdings, dass er unter diesem Gesichtspunkt auch die Entnahme von Blutproben als nicht zulässig ansieht. Allerdings fehlt es bei diesen doch sehr weitreichenden Aussagen an einer fundierten Begründung. Im übrigen scheinen dabei auch die Relationen für die Frage der Menschenwürde verloren gegangen zu sein, wenn diese durch eine einfache Blutentnahme als verletzt angesehen wird, und damit gleichzeitig ein weit menschenunwürdiges Dasein potentieller Opfer von Alkoholtätern in Kauf genommen wird (ähnlicher Gedanke bei Schorn, S. 109); wie hier auch Dzendzalowski, S. 41, 136

2 So auch -allerdings für eine andere Fallkonstellation- Eb. Schmidt, SJZ 1949, Sp. 449 (454)

Hier käme es zu einem Eingriff in die Selbstbeziehungsfreiheit. Die durch § 81 a StPO geschaffene Möglichkeit, den Körper des Beschuldigten zum Beweisobjekt zu machen, findet dort seine Grenze, wo über die körperliche Unversehrtheit hinaus andere Rechte des Beschuldigten unterlaufen werden.

Ebenso ausgeschlossen erscheinen selbst bei dringendem Tatverdacht körperliche Eingriffe zur Feststellung der Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten¹, obgleich es sich auch hier um eine Tatsache mit Bedeutung für den weiteren Gang des Verfahrens handelt². Es ist in diesem Zusammenhang kein Rechtsgut erkennbar, das für das Zusammenleben im Gemeinwesen von so überragender Bedeutung ist, dass Eingriffe in die Körperintegrität vom Gesetzesvorbehalt des Artikel 2 Abs.2 Satz 3 GG noch gedeckt wären³. Bestehen Bedenken hinsichtlich der Verhandlungsfähigkeit eines Angeklagten, so steht der Anordnung einer einfachen körperlichen Untersuchung nichts entgegen. Ergibt sich daraus nicht mit Sicher-

1 A.A. Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 14 zu § 81 a StPO; Kleinknecht, 33.Aufl., Rdn. 1, 4 zu § 81 a StPO; OLG Celle, NJW 1971, S. 256 (257); Dzendzalowski, S. 22, obgleich er nur allgemein von körperlichen Untersuchungen auf die Verhandlungsfähigkeit spricht, aber wohl Eingriffe davon nicht ausnehmen möchte

2 Bei Eb. Schmidt, JR 1957, S. 112 klingen hierzu auch gewisse Bedenken an; allerdings sieht er den Schwerpunkt nicht in der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Massnahme, sondern in der unzulässigen Einweisung in eine Krankenanstalt für die Dauer von 14 Tagen zwecks Durchführung der Eingriffe

3 Nicht sehr streng allerdings die Rspr.: Das BayObLG, JR 1957, S.110 beanstandet selbst die reinen Zweckmäßigkeitserwägungen der Strafkammer hinsichtlich der Zulässigkeit einer 14-tägigen Krankenhauseinweisung zwecks Durchführung eines Eingriffs nicht

heit die Verhandlungsfähigkeit und willigt der Betroffene in einen körperlichen Eingriff nicht ein, so kann die Verhandlung zulässigerweise durchgeführt werden. Zwar gehört die Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten, von der im Grundsatz auszugehen ist, zu den Prozessvoraussetzungen, doch hat sich eine allgemeine und für alle Fälle anwendbare Auffassung über die Geltung des Grundsatzes "in dubio pro reo" im prozessualen Bereich nicht herausgebildet¹. Bestehen allerdings ernsthaftige Zweifel an der Verhandlungsfähigkeit in dem Sinne, dass der Beschuldigte nicht in der Lage ist, inner- oder ausserhalb der Verhandlung seine Interessen vernünftig wahrzunehmen, so wäre de lege ferenda auch neben den Fällen des § 140 StPO an die Bestellung eines Pflichtverteidigers und die Durchführung der Verhandlung entgegen § 230 StPO in Abwesenheit des Angeklagten zu denken².

Abgesehen von dieser sich bereits aus § 81 a StPO selbst ergebenden Grenze treten für die Tatsachenerforschung durch körperliche Eingriffe Abgrenzungsprobleme auf, die den ärztlichen Wirkungskreis in spezifischem Sinne tangieren. Die Anordnung der Untersuchung setzt konkrete Anhaltspunkte für das Auffinden erheblicher Tatsachen voraus. Der Eingriff muss also unabhängig von der Frage der Verhältnismässigkeit abstrakten Erkenntniswert besitzen und konkret die Wahrscheinlichkeit beinhalten, dass ein Ergebnis gewonnen wird. Da die An-

1 Zusammenfassende Darstellung des Meinungsstandes bei Schäfer in LR, 23. Aufl., Einl. Kap. 11, Rdn. 36 ff

2 Jetzt für den Fall der vorsätzlich herbeigeführten Verhandlungsunfähigkeit geregelt in § 231 a Abs.4 StPO

ordnung des Eingriffs ausschliesslich dem Richter bzw. bei Gefährdung des Untersuchungserfolges der Staatsanwaltschaft oder ihren Hilfsbeamten obliegt, fällt den anordnenden Personen auch die Prüfung dieser Voraussetzungen zu¹. Beide Anforderungen hängen eng miteinander zusammen und verlangen gerade vom Richter in gewissem Umfang Kenntnis von der Tragweite und dem Erfolgswert medizinischer Untersuchungsmethoden². Dass der Richter sich dabei der sachkundigen Beratung eines Arztes bedienen kann, begegnet keinen Bedenken³. In jedem Fall bedarf es einer genauen Bezeichnung des Eingriffs durch den Richter; eine Blankovollmacht nach Massgabe medizinischer Zweckmässigkeit reicht dabei keinesfalls aus⁴.

In diesem Zusammenhang gewinnt die Tätigkeit des Arztes für das Strafverfahren indirekt eine besondere Bedeutung, als praktisch die Entscheidung über die Art des Eingriffs vielfach ebenfalls in der Hand des Arztes liegen wird⁵. Ohne dabei die hohe Verantwortung, der sich auch die Ärzteschaft bewusst ist, anzuzweifeln, sollte sich

1 BGH, NJW 1955, S. 1765 (1766)

2 Ähnlich BGH, NJW 1955, S. 1642 f.

3 Dzendzalowski, S. 22, Fussn. 57: "Der Richter muss sich die erforderlichen medizinischen Vorfragen erarbeiten ggf. nach Anhörung eines Sachverständigen". Nach § 81 StPO ist vor der Anordnung einer Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt lediglich zum Zwecke der Vorbereitung eines Gutachtens vom Gericht sogar ein Sachverständiger anzuhören

4 Eb. Schmidt, NJW 1962, S. 664; Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 14 zu § 81 a StPO; Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 23 zu § 81 a StPO; Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 36 zu § 81 a StPO; BayObLG, JR 1957, S. 110; OLG Celle, MDR 1956, S. 695; OLG Hamm, JMB1NRW 1951, S. 243 (244); 1953, S. 117

5 Nach Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm. 8 zu § 81 a StPO kann es für den Richter angebracht sein, sich bei nicht ganz gewöhnlichen Eingriffen ein Gutachten über Erforderlichkeit, Natur des Eingriffs, Ungefährlichkeit und Erfolgsaussichten erstatten zu lassen

der Richter gerade bei gravierenden Eingriffen nicht von demselben Arzt sachkundig beraten lassen, dem später der Eingriff übertragen wird. Auf diese Weise liesse sich gegenüber allzu eifrigen Verfechtern bestimmter Methoden durch Einschaltung eines weiteren Sachverständigen ein Ausgleich schaffen.

- b) Eingriffe durch den Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken.

In unmittelbarem Zusammenhang mit diesen Überlegungen steht die Forderung des Gesetzes, dass Eingriffe nur nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken durchgeführt werden dürfen. Dass der Eingriff selbst *lege artis* auszuführen ist, versteht sich von selbst und hätte vom Gesetzgeber kaum ausdrücklich gesagt werden müssen. Da ein körperlicher Eingriff nur durch einen Arzt¹ erfolgen darf, ist bereits durch das Ineinandergreifen materieller Strafrechtsbestimmungen und beruflicher Standespflichten, selbst bei fehlerhafter Anordnung durch den Richter, ein gewisser Schutz für den Beschuldigten gewährleistet. Dies ergibt sich

¹ Darunter fallen approbierte Ärzte, d.h. Personen, die nach §§ 2, 3, 10 BÄrzteO die Berechtigung zum Führen der Bezeichnung "Arzt" haben, also keine Medizinalassistenten. Eb.Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl.3 zu § 81 a StPO; OLG Hamm, NJW 1965, S. 1089; OLG Köln, NJW 1966, S.416; BayObLG, JR 1966, S. 186 m.Anm. Kohlhaas; nach Sarstedt in LR, 22.Aufl., Anm. 3 zu § 81 a StPO kommen dabei auch Zahnärzte in Betracht, wenn es sich um einen in ihren Tätigkeitsbereich fallenden Eingriff handelt, z.B. Herausnehmen einer Zahnprothese; ebenso Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn.8. A.A. allgemein zur Frage der approbierten Ärzte Müller-Sax, KMR, Anm.6 zu § 81 a StPO

daraus, dass es als Kunstfehler anzusehen wäre, wenn der Arzt ohne Berücksichtigung des augenblicklichen Gesundheitszustandes eines Probanden¹ einen gewöhnlich harmlosen Eingriff vornehmen würde und es dabei zu Komplikationen käme. Eine echte Bedeutung fällt dieser Regelung aber doch insoweit zu, als nur von der Schulmedizin anerkannte Eingriffe nach bewährten Untersuchungsmethoden in Frage kommen. Neuartige Methoden, für deren Durchführung sich noch keine allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst herausgebildet haben, scheiden daher aus². Der Eingriff muss ausserdem streng auf den Untersuchungszweck ausgerichtet sein und darf keinen über diesen Zweck hinausgehenden allgemein experimentell orientierten Charakter annehmen. Hier liegt die Verantwortung erneut in vollem Umfang beim Richter, womit auch die enge Beziehung zwischen der Art des Eingriffs und der spezifischen richterlichen Anordnung wiederhergestellt ist.

c) Keine gesundheitlichen Nachteile durch den körperlichen Eingriff.

Wenn das Gesetz körperliche Eingriffe nur zulässt, soweit dadurch keine Nachteile für die Gesundheit des zu Untersuchenden befürchtet werden müssen, so scheinen sich bereits vom Wortlaut her eindeutige Grenzen zu

1 Nach Kuhlmann, NJW 1976, S. 350 (351) kommt es dabei - zu Recht - auch auf die psychische Situation des Betroffenen an

2 BGH, NJW 1955, S. 1765 (1766)

ergeben. Dennoch offenbart sich auch hier die Problematik dieser Regelung, da die Frage nach dem gesundheitlichen Nachteil keine eindeutige Antwort zulässt¹. Die Schwierigkeiten beginnen schon, wenn es zu entscheiden gilt, ob gesundheitliche Nachteile nur solche Beeinträchtigungen sind, die einen bleibenden Schaden herbeiführen, oder ob der gesundheitliche Nachteil etwa mit der Gesundheitsbeschädigung des § 223 StGB übereinstimmt, bei der es um die Hervorrufung oder Steigerung einer körperlichen oder seelischen Krankheit² geht.

Es entspräche nicht verfassungskonformer Interpretation, würde man die Grenze (vom Wortlaut des Gesetzes her durchaus vertretbar) für körperliche Eingriffe erst dort ziehen, wo "gesundheitliche Nachteile" einem bleibenden Schaden gleichzusetzen sind.

Während noch Beling³ aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes Eingriffe in die Leibesintegrität für gänzlich unzulässig hielt, sind heute Tendenzen erkennbar, bei der Auslegung des Begriffes "gesundheitlicher Nachteil" einen gewissen Spielraum zuzulassen⁴.

1 Vgl. die Umschreibungsversuche für die gesundheitlichen Nachteile bei Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn.6 zu § 81 a StPO; Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 26 zu § 81 a StPO; Müller-Sax, KMR, Anm.4 b zu § 81 a StPO

2 BGH, NJW 1960, S. 2253; Lackner, Anm.3 zu § 223 StGB; Dreher, Rdn. 6 zu § 223 StGB; Schönke-Schröder, Rdn. 5 zu § 223 StGB

3 Beling, S.12; Beling, ZStW Bd.15 (1895), S. 471 (494 f.); a.A. Rosenfeld, S. 281 (nur Ausschluss von Eingriffen, die eine dauernde Schädigung bedingen)

4 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.26 zu § 81 a StPO; Müller-Sax, KMR, Anm. 4 b zu § 81 a StPO; Löffler, NJW 1951, S. 821 (822)

Da sich § 81 a StPO ohnehin an der Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen bewegt¹, ist mit besonderer Sorgfalt zu verfahren. Schranke ist daher nicht die Besorgnis des gesundheitlichen Nachteils², sondern die mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, dass ein solcher Nachteil durch den Eingriff nicht eintritt³. Der Eingriff darf daher - soweit die sonstigen Voraussetzungen vorliegen - weder im Zeitpunkt der Durchführung ernsthafte Schmerzen verursachen noch über einen längeren Zeitraum eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens hervorrufen⁴. Da die Strafrechtspflege unter Berücksichtigung der verfassungsmässigen Gewährleistung hier an die äussersten Grenzen des Zulässigen vorstösst, müssen die Interessen an einer lückenlosen Aufklärung den Interessen des Einzelnen an der Wahrung seiner körperlichen Unversehrtheit weitgehend untergeordnet werden, also auch individuelle Sensibilität und die jeweilige körperliche Verfassung⁵ Berücksichtigung finden. Dennoch zeigt sich, dass vom Wortlaut des § 81 a StPO her, letztlich doch erst die Gefahr bleibender Gesundheitsschäden eine Einschränkung für die körperlichen Eingriffe bildet. Da die moderne Medizin mit Medikamenten heute in der Lage ist, trotz schwerwiegender Eingriffe sowohl ein augenblickliches Schmerzempfinden als auch ein länger andauerndes Unwohlsein auszuschalten, können von dem Kriterium des Schmerzes und der Nachwirkung her Grenzen für die Zulässigkeit körperlicher Eingriffe kaum noch gezogen werden.

1 Vgl. oben S. 9 ff.

2 Müller-Sax, KMR, Anm. 4 b zu § 81 a StPO spricht von einer gewissen Wahrscheinlichkeit einer dauern- den oder mindestens erheblich über die Untersuchungs- handlung hinauswirkenden Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens. Ähnlich auch Müller, S. 288

3 Gröming, NJW 1954, S. 300

4 Dzendzalowski, S.23 will es offenbar hinnehmen - immer unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit -, dass eine Untersuchungsperson Schmerzen oder einige wenige Stunden bzw. sogar zwei bis drei Tage Übelkeit ertragen muss

5 So auch Dzendzalowski S. 22

II. DIE KÖRPERLICHEN EINGRIFFE BEIM BESCHULDIGTEN.

1. Die Blutentnahme.

a) Allgemeine Fragen.

Zu den am häufigsten angeordneten und praktizierten körperlichen Eingriffen¹ gehört zweifellos die Blutentnahme. Sie dient entweder als Grundlage für die Bestimmung der Blutalkoholkonzentration oder für serologische und serostatistische Gutachten bei der Abstammungsuntersuchung. Die Blutprobe ist darüber hinaus auch zur quantitativen Bestimmung der Einnahme bestimmter Medikamente bzw. Drogen geeignet². Auch zur Diagnostizierung von Lues kommt die Blutuntersuchung in Betracht. Darüber hinaus sind die Vergleichsuntersuchungen bei Verwechslung von Alkoholproben sowie Vergleichsuntersuchungen für spurenkundliche Zwecke zu erwähnen.

Während noch Beling³ die Entnahme einer Blutprobe selbst beim Beschuldigten für unzulässig hielt und bis zum Inkrafttreten des Ausführungsgesetzes zum Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung vom 24.11.1933 (RGBl. I, S. 1000) keinerlei gesetzliche Bestimmung über Eingriffe in die Körperintegrität vorhanden waren, so dass

1 Der Auffassung des HansOLG Hamburg, MDR 1954, S. 46, dass es sich wegen der Geringfügigkeit des Eingriffs überhaupt nicht um einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit handle, kann nicht gefolgt werden. BVerfGE 5, S. 13 (15) lässt die Frage offen

2 Ponsold in Ponsold, S. 265

3 Beling, S. 12

auch das Reichsgericht¹ die Duldungspflicht für die Entnahme einer Blutprobe ablehnte, wird dieser Eingriff in der Mehrzahl der Fälle heute nicht einmal mehr vom Richter, sondern vom Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft angeordnet.

Wie alle körperlichen Eingriffe, so hat auch die Blutentnahme nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu erfolgen. Selbst wenn mehrere anerkannte Methoden zur Verfügung stehen, so muss dennoch nicht jede Methode uneingeschränkt zulässig sein. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass allgemein die Anordnung der Blutentnahme spezifisch genug ist, um die Art des Eingriffs ausreichend abzugrenzen und damit die Wahl der Methode in die Hand des Arztes zu legen². Dennoch hat die Tatsache, dass auch die Blutentnahme einen Eingriff in die Körperintegrität bedeutet und damit immer nur in besonderen Fällen angeordnet werden darf, zur Folge, dass aufgrund des Ausnahmecharakters des Eingriffs bestimmte Methoden, die zwar wissenschaftlich anerkannt, aber dennoch gegenüber anderen Methoden Nachteile beinhalten, ausgeschlossen sein können. So muss bei gleichem Erkenntniswert auf jeden Fall der schmerzlose Eingriff gewählt werden. Eine bestimmte Methode kann überhaupt nur zur Anwendung kommen, wenn mit ihr ein absoluter hoher Erkenntniswert verbunden ist, der Fehlerquellen weitgehend ausschaltet. Dies führt dazu, dass die freie Wahl der Blutentnahme letztlich doch unter

1 RGSt 64, 160 ff.; 66, 273

2 Ähnlich Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn.14 zu § 81 a StPO, wo die Wahl der Methode der Okzipital- oder Lumbalpunktion dem Arzt überlassen ist und daher im einzelnen keiner besonderen Anordnung bedarf

rechtlichen Gesichtspunkten eingeschränkt sein kann und damit nicht jedes Verfahren zulässig ist.

Dabei stellt sich die Frage, ob die Entscheidung über die Wahl des Verfahrens beim Arzt bleiben kann, oder ob -nachdem nur bestimmte Methoden rechtlich zulässig erscheinen- die Blutentnahme durch den Richter bzw. die Staatsanwaltschaft oder deren Hilfsbeamte unter Begrenzung auf die rechtlich anerkannten Methoden angeordnet werden muss.

b) Die Entnahmemethoden und deren Zulässigkeit.

Unter medizinischen Aspekten ergeben sich im wesentlichen 3 Methoden für die Blutentnahme:

1. Die Entnahme mittels S-Kapillaren aus der Fingerbeere oder im Ohrläppchen.
2. Die Entnahme mittels Spritze und aufgesetzter Nadel.
3. Die Entnahme mittels Vacuum-Venüle in der Ellenbeuge.

Die Entnahme mittels S-Kapillaren kann den Vorgang schmerzhaft gestalten, da vielfach der Einstich wiederholt werden muss, und die Gewinnung der erforderlichen Blutmengen das Pressen der Fingerbeere oder des Ohrläppchens erforderlich macht. Darüber hinaus ist mit dieser Methode die Exaktheit der Blutalkoholbestimmung nicht gewährleistet, da die Gefahr der Beimischung von Gewebeflüssigkeit und Handdesinficiens besteht. Daher ist diese Art der Blutentnahme abzulehnen, zumal andere Gewinnungsmethoden zur Verfügung stehen¹.

1 Elbel, S. 117

Die Entnahme mittels Spritze mit aufgesetzter Nadel bedeutet für die Probanden keine weitere Unannehmlichkeit als eine normale intravenöse Injektion, so dass hinsichtlich der Zulässigkeit dieser Methode zunächst keine Bedenken bestehen. Wurden Spritze und Nadel jedoch nicht nach chirurgischen Kautelen hitzesterilisiert, nachdem sie zuvor in Desinfektionsflüssigkeit aufbewahrt waren, so können bei der Blutuntersuchung grösste Fehler mit "scheinbarem" Alkohol (bis 10 Promille) auftreten¹. Da das entnommene Blut anschliessend offen aus der Spitze in ein Glasröhrchen umgefüllt werden muss, besteht neben den auch hier gegebenen Verfälschungen der Blutalkoholkonzentration durch Verwendung "unsauberer" Röhrchen die Gefahr luftbakterieller Verunreinigung des Blutes und damit bedingter fauliger Zersetzung. Die Methode eröffnet die Möglichkeit für zahlreiche Fehlerquellen, so dass unter juristischen Aspekten die Frage zu stellen ist, ob sie eine ausreichende Sicherheit für die Feststellung verfahrenserheblicher Tatsachen im Sinne von § 81 a StPO bietet. Die Art der Blutentnahme selbst begegnet keinen Bedenken. Die sorgfältige Aufbereitung der medizinischen Instrumente und die ordnungsgemässe Durchführung aber sind Kriterien, die ohnehin zu den Mindestvoraussetzungen für einen körperlichen Eingriff gehören, da ein solcher nur unter diesen Voraussetzungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgt. Unter rechtlichen Aspekten ist die Methode grundsätzlich nicht abzulehnen, da sie bei sachgerechter Ausführung eine sichere Grundlage für die Tatsachenfeststellung bietet. Der Arzt muss sich bei dieser

1 Elbel, S. 118; Ponsold in Ponsold, S. 217

Art der Blutentnahme allerdings darüber im klaren sein, dass es sich um einen körperlichen Eingriff handelt, dessen Zulässigkeit nur bei einer aseptisch einwandfreien Durchführung gegeben ist. Dabei kommt es nicht nur darauf an, dass der mit der Blutentnahme verbundene Eingriff selbst *lege artis* erfolgt, sondern auch darauf, dass von medizinisch-technischer Seite her alle Voraussetzungen für ein verlässliches Eingriffsergebnis geschaffen wurden.

Als absolut zuverlässige Methode kommt die Blutentnahme mittels Vacuum-Venüle in Betracht. Da das System steril ist und die Venüle erst saugt, wenn sie abgewinkelt, also das Ventil geöffnet ist, gelangen allenfalls minimale Mengen der Desinfektionsflüssigkeit von der Blutentnahmestelle ins Nadellumen, die keine Fehlerquellen bei der Bestimmung der Blutalkoholkonzentration bilden¹, so dass dies als die Methode der Wahl anzusehen ist.

2. Die Harnentnahme.

Auch der menschliche Harn eignet sich in gewissem Umfang für die Alkoholuntersuchung, da er im Zeitpunkt des Ausscheidens aus den Nieren in die Harnblase die gleiche Alkoholkonzentration wie das Blutserum aufweist. Entleert sich der Harn in die Harnblase und befindet sich dort bereits Urin aus der Zeit vor dem Alkoholgenuss, so wird der ausgeschiedene Alkohol jedoch verdünnt. War die Blase leer, und ist der Gipfel der Blut-

¹ Elbel, S. 117; Ponsold in Ponsold, S. 216

alkoholkonzentration überschritten worden, so übersteigt schliesslich die Alkoholkonzentration im Harn diejenige des Blutserums. Die Alkoholkonzentration im Urin ist also nicht als absoluter sondern nur als relativer Test von Bedeutung, denn ein Vergleich zwischen Blutserum und Urinalkohol ergibt Aufschluss über das Ansteigen oder Absinken der Blutalkoholkurve¹.

Von grösserer Bedeutung ist die Harnuntersuchung zum Nachweis einer Medikamenteneinnahme bzw. Drogeneinnahme. So kann einmal die von dem Beschuldigten zur Entlastung behauptete Medikamenteneinnahme überprüft werden, zum anderen kann bei nur geringer Blutalkoholkonzentration der Nachweis der Medikamenteneinnahme den Beschuldigten einer strafbaren Handlung überführen. Allerdings ist durch die Harnuntersuchung nur die Tatsache einer Medikamenteneinnahme, nicht jedoch deren Zeitpunkt zu bestimmen². Ponsold³ schlägt vor, bei behaupteter Medikamenteneinnahme vom Beschuldigten auf jeden Fall eine Harnprobe zu asservieren. Grosse Bedeutung kommt der Harnprobe heute gerade bei der Überprüfung auf Drogenkonsum zu.

Eine zwangsweise Harnentnahme ist nur mittels Katheter möglich. Dabei handelt es sich um ein röhrenförmiges Instrument aus Metall, Glas, Kautschuk, Gummi oder Kunststoff, das durch die Harnröhre in die Harnblase einge-

1 Ponsold in Ponsold, S. 227

2 Ponsold in Ponsold, S. 265

3 Ponsold in Ponsold, S. 265

führt wird. Bei der Einführung des Katheters muss der Proband flach liegen. Zunächst wird der sterile Katheter in ein Gleitmittel eingetaucht, mit der Pinzette erfasst und behutsam in die Harnröhre eingeführt, wobei darauf zu achten ist, dass sich die Spitze des Katheters nicht in die Falten der Schleimhaut verfängt. Bei harten Kathetern (Metall, Glas) muss jedes gewaltsame Vorschieben sorgfältig vermieden werden; dabei wird die Harnröhre mehr über den Katheter gestreift, als der Katheter vorgeschoben. Je nach Form des Katheters muss dieser vor dem eigentlichen Eindringen in die Harnröhre entsprechend gedreht werden¹.

Da eine Betäubung nicht für erforderlich gehalten wird, muss von einer relativen Schmerzlosigkeit des Verfahrens ausgegangen werden. Das schwierigste Problem bei der Katheterisierung ist jedoch die aseptische Handhabung des Katheters². Selbst wenn die Katheterung jedoch unter aseptischen Kautelen vorgenommen wird, kann sie dennoch durch Verschleppung von Keimen, darunter auch saprophytischer Art³ aus der Harnröhre, einen Infekt setzen⁴. Staehler⁵ hält bei mehrfacher Katheterung eine Infektion durch Verschleppung von Keimen aus der Harnröhre in die Blase sogar für unvermeidbar, wobei eine solche Infektion

1 Vgl. für die Technik der Einführung Staehler, Bd.II, S. 1238

2 Staehler, Bd.II, S. 1228

3 Saprophyten sind Mikroorganismen, die auf toter Substanz leben

4 Staehler, Bd. I, S. 673

5 Staehler, Bd. I, S. 673

selbstverständlich bereits bei der ersten Katheterung auftreten kann. Dabei kommt es als Reaktion des Organismus auf den Infekt zum Katheterfieber¹. Die Harninfektion kann, auch wenn sie durch Katheter entstanden ist, darüber hinaus als kausalgene Faktor für die Bildung von Harnsteinen in Frage kommen².

Bereits die Technik der Katheterung zeigt, dass eine sachgerechte Durchführung gegen den Willen des Probanden nicht möglich ist. Ein behutsames Einführen des Katheters lässt sich bei aktivem Widerstand der Untersuchungsperson, selbst unter Anwendung physischen Zwangs, nicht bewerkstelligen. Die Gefahr gesundheitlicher Nachteile (Verletzung der Harnröhre) ist dabei soweit gesteigert, dass die Massnahme von § 81 a StPO nicht mehr gedeckt ist³. Eine einfache Beruhigungsspritze dürfte ebenfalls noch keine sichere Gewähr für eine gefahrlose Durchführung bieten. Es käme also nur eine Vollnarkose in Frage, deren Zulässigkeit erheblichen grundsätzlichen Bedenken begegnet.

Die mit der Katheterung generell verbundene Gefahr einer Harninfektion, eventuell sogar als kausalgene Faktor für die Bildung von Harnsteinen, lässt die Katheterung

1 Pschyrembel, Stichw. "Katheterfieber"

2 Staehler, Bd. I, S. 358

3 Ponsold in Ponsold, S. 265 äussert ebenfalls ernsthafte Zweifel an der Zulässigkeit einer gewaltsam erzwungenen Katheterisierung; Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 11 zu § 81 a StPO hält allerdings in besonders schweren Fällen die Anwendung von Zwang für möglich

ausserdem - von den Schwierigkeiten einer zwangsweisen Durchführung abgesehen - nicht als gesundheitlich absolut unbedenklich erscheinen¹. Die Zulässigkeit der zwangsweisen Durchführung ergibt sich daher nicht aus der ärztlichen Entscheidung des Einzelfalls². Die Anordnung eines körperlichen Eingriffs obliegt dem Richter oder unter besonderen Voraussetzungen der Staatsanwaltschaft und deren Hilfsbeamten. Sind mit einer Massnahme wie der Katheterung Nachteile für die Gesundheit allgemein nicht auszuschliessen, so hat eine zwangsweise Anordnung dieses Eingriffs unter rechtlichen Aspekten auf jeden Fall zu unterbleiben. Für eine ärztliche auf den Einzelfall abgesteckte Entscheidung ist daher von vornherein kein Raum.

Im Gegensatz zu Kohlhaas³ ist es daher doch entscheidend, zunächst das abstrakte Risiko eines Eingriffs abzuklären. Muss danach die zwangsweise Durchführung eines bestimmten Eingriffs - wie die Katheterung zwecks Harnentnahme - generell abgelehnt werden, so braucht auf die individuelle Konstitution des Beschuldigten nicht mehr eingegangen zu werden. Dass es bei abstrakt unbedenklichen Eingriffen immer noch auf die medizinische Vertretbarkeit im Hinblick auf den einzelnen Probanden ankommt, ist ohnehin eine Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit zwangsweiser körperlicher Eingriffe⁴.

1 Kohlhaas, NJW 1968, S. 2277

2 So allerdings Spann, MMW 1968, S. 887

3 Kohlhaas, NJW 1968, S. 2277

4 Vgl. S. 37

Trotz des hohen Erkenntniswertes der Harnprobe für den Nachweis von Medikamenten und Drogen handelt es sich nicht um die einzige gegebene Möglichkeit. Gerade der Nachweis von Schlafmitteln ist auch im Blut möglich, wobei die Genauigkeit des Nachweises von der vorhandenen Blutmenge abhängt. Schlafmittel, die Barbiturate enthalten, lassen sich bereits in sehr kleinen Blutmengen sogar quantitativ nachweisen¹. Unter diesem Aspekt ist eine Harnprobe für die Tatsachenfeststellung nicht einmal von absoluter medizinischer Notwendigkeit.

3. Die Magenausheberung.

Wie das Blut und der Harn eignet sich auch der Mageninhalt für eine Untersuchung auf die Einnahme von Medikamenten. Daneben kann die Magenausheberung insoweit zur Tatsachenfeststellung dienen, als aus dem Magen Gegenstände zu Tage gefördert werden können, die als Beweismittel oder als Einziehungsgegenstände in Frage kommen². Besteht der Verdacht, dass der Beschuldigte einen Gegenstand verschluckt hat, so kann dies durch eine Röntgenaufnahme überprüft werden; als einzig praktikable Möglichkeit, den Gegenstand rasch zu erlangen und genau zu identifizieren, kommt aber nur die Magenausheberung in Betracht.

1 Spann, MMW 1968, S. 752; Ponsold in Ponsold, S. 266

2 Müller-Sax, KMR, Anm. 2 b zu § 81 a StPO

Dabei wird ein nicht zu weicher Gummischlauch mit einer Länge von mindestens 75 cm und einem Durchmesser von 12 - 14 mm in den Magen eingeführt. Die mit lauwarmem Wasser angefeuchtete Sonde wird über die Zunge bis an die hintere Rachenwand und dann über den Schlundring vorsichtig in den Magen geschoben. Dabei sollte der Proband tief atmen, um Brechbewegungen möglichst zu verhindern. Bei Abwehrreaktionen wird in die Sonde ein Fischmandarin (Führungsstab) gesteckt, um so den Widerstand zu überwinden¹.

Die Gefahren bei der Magenausheberung sind früher erheblich überschätzt worden. Schädigungen und Zwischenfälle scheiden durch die heute im Gebrauch befindlichen weichen Gummisonden mit abgerundeter Spitze praktisch aus². Besondere Vorsicht ist lediglich bei der Magenausheberung Bewusstloser geboten. Hier besteht die Gefahr einer Aspiration³ des Erbrochenen in die Lunge mit der Folge einer Schluckpneumonie. Gerade beim Bewusstlosen ist eine Perforation des Schlauches in die Luftröhre beim Hineinschieben nicht völlig auszuschließen⁴.

1 Katsch-Pieckert in Mohr-Staehelin, Bd. III, Teil 1, S. 264; Heilmeyer, S. 769 und Fellingner, S. 209

2 Katsch-Pieckert in Mohr-Staehelin, Bd. III, Teil 1, S. 266

3 Ansaugen von Gasen, Flüssigkeiten oder festen Stoffen durch den negativen Druck verdünnter Luft

4 Katsch-Pieckert in Mohr-Staehelin, Bd. III, Teil 1, S. 266; Spann, MMW 1968, S. 887

Nach Aussage der Fachliteratur sind mit der Magenausheberung grundsätzlich keinerlei gesundheitliche Nachteile verbunden. Die für den Probanden dabei verursachten Unannehmlichkeiten überschreiten nicht das Mass des Vertretbaren¹. Auch eine Magenausheberung bei aktivem Widerstand erscheint nicht gesundheitsgefährdend. Allerdings muss es auch hier nach einer gerichtlichen Anordnung in besonderem Masse zu einer konkreten Prüfung der Gefährlosigkeit des Eingriffs im Hinblick auf die individuelle Konstitution des Beschuldigten kommen. In diesem Zusammenhang ist auf die augenblickliche Verfassung des Probanden abzustellen², wobei eine Magenausheberung beim Bewusstlosen wegen des hier bestehenden Risikos einer Perforation des Schlauches in die Luftröhre nicht vorgenommen werden sollte. Zwar liegt die Entscheidung über die Vertretbarkeit des Eingriffs unter Berücksichtigung der augenblicklichen individuellen Konstitution des Probanden letztlich immer beim Arzt; doch führt die abstrakte Gefährlichkeit der Magenausheberung beim Bewusstlosen unter medizinischen Kautelen bereits zur Unzulässigkeit ihrer Anordnung.

Grundsätzlich muss auch bei der Magenausheberung beachtet werden, dass es sich doch um einen weitergehenden Eingriff als bei der Blutentnahme handelt. Soweit sich daher etwa Medikamente mit ausreichender Sicherheit aus dem Blut nachweisen lassen oder der Beschuldigte sogar freiwillig eine Harnprobe gibt, bedarf es

¹ Als zulässig angesehen auch von Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 42 zu § 81 a StPO

² Fellingner, S. 209

hinsichtlich der Anordnung einer Magenausheberung besonders sorgfältiger Abwägung, damit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ausreichend Rechnung getragen wird.

Geht es darum, den Mageninhalt herauszubefördern, um nach verschluckten Gegenständen zu forschen, so ist dabei zu bedenken, dass dies unter medizinischen Gesichtspunkten in manchen Fällen sehr schwierig sein kann, da die vollständige Magenentleerung mit dem Schlauch nur wenig sicher gelingt¹. Damit erhebt sich aber die Frage, ob eine dergestalt zweckgerichtete Magenausheberung überhaupt noch mit ausreichender Sicherheit Anhaltspunkte für eine Tatsachenfeststellung liefern kann. Eine vollständige Magenentleerung ist unter Umständen nur durch mehrfach wiederholte Magenspülungen zu erreichen. Diese sind zwar gesundheitlich ebenfalls unbedenklich - durch den bereits eingeführten Magenschlauch wird lauwarmes Wasser in den Magen geführt, das durch die Heberwirkung wieder herausfliesst - , bereiten aber so weitgehende Unannehmlichkeiten, dass an das Gewicht der aufzuklärenden Straftat und an die mit dem Eingriff verbundene Wahrscheinlichkeit einer Aufklärung grösste Anforderungen zu stellen sind.

4. Die Röntgenuntersuchung.

Mit der röntgenologischen Untersuchung als einem wesentlichen diagnostischen Hilfsmittel der modernen Medizin

¹ Katsch-Pieckert in Mohr-Staehelin, Bd. III, Teil 1, S. 265

lässt sich vielfach bereits die Notwendigkeit und der Erfolgswert eines anderen körperlichen Eingriffs voraussehen. Vor der Magenausheberung gibt die Röntgenaufnahme Auskunft über deren Zweckmäßigkeit, danach über deren Erfolg. Allerdings tritt hier die Frage auf, ob aus dem Gesichtspunkt einer Kontrollfunktion heraus dem einen zuverlässigen körperlichen Eingriff ein weiterer Eingriff vor- oder nachgeschaltet werden darf. Hält man entgegen der hier vertretenen Auffassung¹ körperliche Eingriffe auch zum Zwecke der Feststellung der Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten für zulässig, so kommt gerade in diesem Zusammenhang der Röntgenuntersuchung besondere Bedeutung zu. Aber auch die viel diskutierte Pneumoencephalographie dient nur zur Vorbereitung der röntgenologischen Feststellung pathologischer Hirnprozesse und damit der Untersuchung auf die Zurechnungsfähigkeit.

Dabei handelt es sich bei der Röntgenuntersuchung schon deshalb um einen körperlichen Eingriff² im Sinne von § 81 a StPO, weil diese nur mit besonderen medizinischen Apparaturen durchgeführt werden kann und somit ausschliesslich der Hand des Arztes überlassen werden muss. Darüber hinaus bedeutet die Röntgendurchleuchtung aber auch einen

1 Vgl. S. 31

2 Vgl. Göbbels, S. 7, wonach eine Beschränkung des Begriffs "ärztlicher Eingriff" auf rein chirurgisches Handeln bei dem Stande der modernen Medizin nicht mehr haltbar ist

Eingriff in die körperliche Unversehrtheit¹, da die Bestrahlung den menschlichen Körper nicht "in seiner objektiven Substanz" belässt².

Röntgenstrahlen sind dem sichtbaren Licht sehr ähnlich mit dem Unterschied, dass ihre Wellen kürzer sind und es ihnen daher möglich ist, Stoffe zu durchdringen, die das Licht absorbieren und reflektieren würde. Jede Einwirkung von Röntgenstrahlen auf lebendes Gewebe führt dabei zu einer Schädigung der durch die Strahlung betroffenen Einheit. Die Schädigungen sind mannigfaltig und bedeuten immer eine Störung entweder der Struktur oder der Funktionsweise der betroffenen Elemente, wobei die Schädigungsart von der Strahlendosis abhängt. Bei der Einwirkung von Röntgenstrahlen auf den Körper können im wesentlichen folgende Schädigungsarten entstehen:

1. Allgemeine Schädigung des Gewebes
2. Schädigung der blutbildenden Organe

1 Kierski, Der med.Sachverst. 1960, S.169 (171); vgl. auch § 7 des B.-W. Gesetzes über Röntgenreihenuntersuchungen und Tuberkulinproben vom 19.10.1953 (Ges.Bl. für B.W. S. 157); dem Sinn nach auch Dürig in Maunz-Dürig, Rdn. 39 zu Art. 2 Abs. 2 GG; a.A. Kern in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. II, S. 51 (63), der durch die Röntgenuntersuchung nicht das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit, sondern die persönliche Freiheit beeinträchtigt sieht; BVerwG, JR 1958, S. 153

2 Dürig in Maunz-Dürig, Rdn. 30 zu Art. 2 Abs. 2 GG lässt die Frage, ob es sich bei der Röntgenuntersuchung um einen Eingriff in die Freiheit der Person oder in die körperliche Unversehrtheit handelt, offen

3. Schädigung der fermentativen Systeme
4. Krebsbildung (auch Leukämie)
5. Schädigung des Erbgutes (Gonadenbestrahlung)
6. Beeinflussung des Nervensystems¹

Während über die Beeinflussung des Nervensystems durch Röntgenstrahlen noch wenig bekannt ist, kommt es zu einer Schädigung des Gewebes, der blutbildenden Organe und der fermentativen Systeme nur bei höheren Strahlendosen. Die für eine Krebsbildung in Betracht zu ziehende kumulative Wirkung der Röntgenstrahlen kommt zwar auch bei mehreren kleinen Dosen zum Tragen, setzt aber insgesamt doch hohe Strahlendosen voraus².

Problematischer ist jedoch eine mögliche Schädigung des Erbgutes, da jede Röntgenaufnahme mit noch so kleiner Strahlendosis infolge ihrer nicht zu vermeidenden Streu- ausstrahlung eine Gonadenbelastung darstellt³. Durch die additive Wirkung kleinster Strahlenmengen existiert für die genetische Schädigung praktisch keine Toleranzgrenze, da der genetische Strahlenschaden im Körper gespeichert wird, und jede noch so kleine Strahlendosis Gen- Mutationen auslösen kann⁴. Es gibt daher keine Strahlen- menge, innerhalb deren Mutationen nicht mehr möglich sind. Bedeutsam ist dabei gerade die Streustrahlung, die nie vollständig ausgeschaltet werden kann. Aller-

1 Rajewski, Gutachten über die Wirkung der Röntgen- strahlen, auszugsweise abgedruckt bei Kierski, S. 170

2 Barthelmess, S. 146, 41 und 102

3 Sielaff, S. 15

4 Martius, Med.Klinik 1957, S.261; Langendorff, Med. Klinik 1957, S. 254; Lorenz DMW 1961, S. 470

dings wird von Lorenz¹ die Frage, ob jede noch so kleine Strahlenmenge für den Menschen gefährlich sei, eindeutig verneint, wobei er entscheidend auf die gedankliche Berücksichtigung des Faktors Wahrscheinlichkeit abstellt. "Es gibt durchaus Mengen von Röntgenstrahlen, bei welchen die Wahrscheinlichkeit des Schadens so verschwindend gering ist, dass man sie bei aller ärztlichen Verantwortung vernachlässigen darf"². Stünde diese Aussage isoliert, so müsste auch der Jurist die absolute Ungefährlichkeit akzeptieren und die Zulässigkeit von Röntgenuntersuchungen im Strafverfahren bejahen. Unmittelbar im Anschluss an diese Äusserung macht Lorenz allerdings am Beispiel der Thorax-Röntgen-Schirmbildaufnahme deutlich³, wie der Mediziner die "ärztliche Verantwortung" verstanden wissen will, indem die Negativa, d.h. die Wahrscheinlichkeit der Gen-Mutation den Positiva, d.h. der Wahrscheinlichkeit der Entdeckung einer unbekannten Tuberkulose, gegenübergestellt werden und damit die obige Aussage relativiert wird. Beim Einsatz der Röntgenuntersuchung lediglich zur Tatsachenfeststellung im Strafverfahren dürfte wohl der Mediziner seine "ärztliche Verantwortung" anders verstanden wissen wollen, denn auch nach medizinischer Ansicht⁴ sind alle unnötigen

1 Lorenz, DMW 1961, S. 470 (472)

2 Lorenz, DMW 1961, S. 470 (471)

3 Lorenz, DMW 1964, S. 470 (471)

4 Barth-Becker-Kraus-Scheer, S. 537; Lorenz, DMW 1961, S. 470 (472): "Die Grundregel, bei jeder ärztlichen Massnahme ein Minimum von Belastungsmöglichkeiten anzustreben, bleibt als Axiom unseres Berufs selbstverständlich unangetastet"

Röntgenaufnahmen zu unterlassen bzw. die Zahl auf ein Mindestmass zu beschränken. Die Röntgendiagnostik sollte danach soweit eingeschränkt werden, wie es sich mit medizinischer Notwendigkeit vereinbaren lässt¹. Bei dieser Betrachtungsweise begegnen der Röntgenuntersuchung als Mittel zur Tatsachenfeststellung doch gewisse Bedenken. Allerdings lässt sich die für die Röntgenaufnahme getroffene Aussage, dass nur dringende medizinische Notwendigkeit diese rechtfertigen, aus medizinischer Sicht wohl für alle Arten von körperlichen Eingriffen aufstellen. Der Gesetzgeber hat sich jedoch von dieser ausschliesslich medizinischen Betrachtungsweise frei zu machen und neben dem Schutz des Einzelnen auch übergeordnete Gesichtspunkte der Allgemeinheit in die Betrachtung mit einzubeziehen. Solche übergeordneten Gesichtspunkte mündeten letztlich in der Formulierung des § 81 a StPO, der unter bestimmten Voraussetzungen das Recht auf körperliche Unversehrtheit des Individuums zu Gunsten bestimmter Interessen des Gemeinwesens zurücktreten lässt. Da diese grundsätzliche Wertentscheidung einmal getroffen ist, obliegt es nunmehr im Einzelfall dem Richter, die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen, wobei es auch Aufgabe des Richters ist, sich über die medizinische Problematik soweit zu informieren, wie dies für eine sachgerechte Entscheidung erforderlich ist.

1 Studie der National Academy of Sciences, Washington 1956, "Die biologischen Wirkungen ionisierender Strahlen", in Heft 2 der Schriftenreihe des Bundesministers für Atomfragen, zitiert bei Kierski, Der medizinische Sachverständige 1960, S. 168 (171); Barthelmess, S. 168

Wie zunächst vom Richter der einzelne körperliche Eingriff konkret bezeichnet sein muss und dem Arzt keine Blankovollmacht nach Massgabe medizinischer Zweckmässigkeit erteilt werden darf¹, so ist dieses Erfordernis auch auf Art und Umfang bestimmter zunächst schon näher bezeichneter Eingriffe zu übertragen. Ein solcher Fall ist bei der Röntgenuntersuchung gegeben, deren Anordnung ohne nähere Eingrenzung auf bestimmte Körperbereiche nicht als zulässig angesehen werden kann. So erscheint es nach den allgemeinen Erfahrungen im Bereich der Röntgendiagnostik vertretbar, die Durchleuchtung bestimmter Körperpartien wie der Extremitäten oder die Thorax-Röntgenaufnahme bei Beachtung der notwendigen Sicherheitsvorkehrungen als gefahrlos anzusehen. Eine Abwägung wird in diesen Fällen in der Regel also zu Lasten der Untersuchungsperson ausfallen. In allen anderen Fällen ist aber besonders sorgfältig zu prüfen, inwieweit eine Röntgenaufnahme dieser Körperbereiche im Hinblick auf die Strahlenbelastung und die damit verbundene Gefährdung generell noch als zulässig angesehen werden kann. Auch diese Entscheidung ist vom Richter - in der Regel wohl unter Heranziehung eines medizinischen Gutachters² - zu treffen. Darüber hinaus ist unabhängig von der abstrakten Gefährlichkeit bestimmter Röntgenuntersuchungen auch hier wieder die konkrete Situation der einzelnen Untersuchungsperson - wie augenblickliche individuelle Verfassung oder bereits frühere starke Strahlenbelastungen -

1 Eb. Schmidt, NJW 1962, S. 664; Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 14 zu § 81 a StPO; Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 23 zu § 81 a StPO; Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 56 zu § 81 a StPO; BayObLG, JR 1957, S. 110; OLG Celle, MDR 1956, S. 665; OLG Hamm JMBlnRW 1951, S. 243 (244), 1953, S. 117

2 Dzendzalowski, S. 22 Fussn. 57; Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm. 8 zu § 81 a StPO

zu berücksichtigen. Hier allerdings liegt die Verantwortlichkeit beim Arzt selbst, denn zur Durchführung eines Eingriffs "lege artis" gehört nicht nur die einwandfreie technische Ausführung der Massnahme selbst, sondern auch die Berücksichtigung aller ausserhalb der eigentlichen Durchführung für den Eingriff relevanten Faktoren¹. Sind diese Voraussetzungen beachtet worden, so kann trotz der grundsätzlichen Problematik einer jeden Röntgenuntersuchung nicht davon ausgegangen werden, dass diese zu einer unzumutbaren Belastung des Grundrechtsträgers führt².

5. Die Hirnstromuntersuchung (Elektroencephalographie).

Für die Untersuchung eines Beschuldigten auf seine Schuldfähigkeit oder auch auf die Verhandlungsfähigkeit³ kann die Elektroencephalographie (EEG) ein wertvolles diagnostisches Hilfsmittel darstellen. Allerdings darf nicht erwartet werden, dass mit dem EEG allein eine Krankheitsdiagnose erstellt werden kann. Das EEG gibt nur bei bestimmten Fragestellungen ergänzende Befunde und trägt bei Krankheitsbildern wie Epilepsie, Hirntumoren und traumatischen Veränderungen entscheidend zur Diagnose bei⁴.

1 Vgl. oben S. 35

2 Die Röntgenuntersuchung wird nach § 81 a StPO - allerdings ohne die notwendige Differenzierung - als grundsätzlich zulässig angesehen von Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 48 zu § 81 a StPO, Müller-Sax, KMR, Anm. 2 b zu § 81 a StPO

3 Vgl. zur Bedeutung und Methode; Poeck, S. 44; Jung in Mohr-Staehelin, Bd. V, Teil I, S. 1216 ff.; Jung und Meyer-Mickeleit, Gutachten, S. 147 (158 ff.)

4 Jung aaO, S. 1246

Als direkte Untersuchungsmethode der normalen und pathologischen Hirntätigkeit am Organ selbst, bedeutet es ein unentbehrliches Hilfsmittel der neurophysiologischen Diagnostik. In der Hand des erfahrenen Spezialisten, der über die Fertigkeit der Auswertung verfügt, kommt dem EEG ein hoher Erkenntniswert zu, so dass sich die Herstellung eines EEG's bei der Untersuchung eines Beschuldigten nach § 81 a StPO als wichtige Methode erweist.

Durch das Elektroencephalogramm kann die Tätigkeit des Gehirns selbst in seinen elektrischen Begleiterscheinungen durch den geschlossenen Schädel erfasst und graphisch festgehalten werden. Die bei der bioelektrischen Tätigkeit des Gehirns entstehenden Potentialschwankungen werden mit Elektroden von der intakten Kopfhaut¹ abgeleitet und über ein Verstärkersystem einem Registriergerät zugeführt. Zur Elektrodenbefestigung wird meist eine Gummibandhaube benutzt, die bei unruhigen Probanden allerdings den Nachteil der Verschiebbarkeit hat und bei längerer Ableitungsdauer Kopfschmerzen verursachen kann. Die Elektroden können auch direkt auf der Kopfhaut angeklebt werden². Bei einer Routineableitung beträgt der Zeitaufwand 20 - 30 Minuten, so dass von daher durch die Gummihaube keine Beschwerden auftreten. Die EEG-Unter-

1 Die früher angewandten Nadelelektroden mit Ableitung von der Kopfschwarte kommen heute praktisch nicht mehr in Betracht; vgl. Jung, aaO, S. 1219

2 Jung, aaO, S. 1219

suchung selbst ist unschädlich, schmerzlos und beliebig oft wiederholbar¹. Sie kann jedem zugemutet werden, da sie "im Gegensatz zu den eingreifenden diagnostischen Methoden der Pneumoencephalographie und der Arteriographie keine Beschwerden hervorruft"².

Da bei der Elektroencephalographie weder die Kopfhaut etwa durch Einstiche verletzt wird, noch dem Kopf Ströme zugeführt werden, wäre daran zu denken, die Hirnstromuntersuchung überhaupt nicht als körperlichen Eingriff im Sinne von § 81 a StPO anzusehen³. Dabei ist jedoch erneut auf die oben gegebene Definition des körperlichen Eingriffs zurückzugreifen⁴, nach der auch solche Untersuchungen körperliche Eingriffe sind, die nur mit besonderen medizinischen Geräten durchgeführt werden können. Dereigentliche Sinn dieser Einordnung liegt unter anderem darin, dass nur so die Zuziehung eines Arztes zwingend erforderlich wird. Damit ist nicht allein die sachgemäße Ausführung weitgehend garantiert, sondern auch die Würde des Beschuldigten wird durch die nur ärztlicherseits zulässigen Untersuchungen gewahrt, da mit den zum Teil komplizierten Geräten zwar nicht in die Körpersubstanz eingegriffen, der Beschuldigte aber doch unmittelbar tangiert und zum Objekt der Untersuchung gemacht wird⁵.

1 Poeck, S. 44

2 Jung und Meyer-Mickeleit, Gutachten, S. 158

3 Auch BVerfGE 17, S. 108 (115) lässt diese Frage offen

4 Vgl. S. 9

5 Vgl. Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm. 6 g zu § 81 a StPO

6. Die Liquorentnahme.

a) Die diagnostische Bedeutung der Liquorentnahme.

Im Strafverfahren kann der Liquoruntersuchung¹ eine erhebliche Bedeutung zukommen, da sie für die Diagnose einer grossen Zahl von Krankheiten, die insbesondere die Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen können, unerlässlich ist. So lassen sich mit ihr entzündliche Krankheiten des Zentralnervensystems, Multiple Sklerose, Rückenmarkstumore, bestimmte Arten von Hirntumoren und Subarachnoidalblutungen feststellen². Aber auch für Lues des Zentralnervensystems können charakteristische Befunde erhoben werden, eine Tatsache, die unter anderem bei der Verfolgung von Körperverletzungen Bedeutung erlangen kann. Die Liquorentnahme erfolgt durch Lumbal- oder Subokzipitalpunktionen.

b) Die Lumbalpunktion.

Die Lumbalpunktion wird als die einfachste und gebräuchlichste Form der Liquorgewinnung bezeichnet³. Dabei wird der Duralsack zwischen dem dritten und vierten oder vierten und fünften Lendenwirbelkörper mittels einer langen Hohlnadel punktiert, wobei der sitzende oder liegende Proband den unteren Rücken maximal gekrümmt haben sollte, um ein Auseinanderspreizen der Dornfortsätze zu

1 Liquor cerebro spinalis - Gehirn-Rückenmarksflüssigkeit

2 Poeck, S. 34

3 Scheid, S. 52

fördern. Zunächst durchsticht die Nadel das Polster und schliesslich nach dem deutlich federnden Widerstand die Dura, um in den Subarachnoidealraum einzudringen. Während Poeck¹ eine Lokalanästhesie für entbehrlich hält, da sie den Eingriff nur verlängere, schlägt Scheid² grundsätzlich eine Anästhesie mit einer Novocainlösung vor. Danach muss der Proband auf jeden Fall 24 Stunden flach und ruhig liegen, da andernfalls durch den Druck nach dem Herausziehen der Nadel noch grössere Mengen Liquor abfliessen können, was zu einer Verstärkung der postfunktionellen Beschwerden führt. Neben den Schmerzen bei der Punktion selbst, ist der Eingriff mit leichten Kopfschmerzen verbunden, die in der Regel nach einem Tag abklingen. Von diesen Beschwerden abgesehen, die grundsätzlich noch hingenommen werden müssen, erscheint es allerdings bedenklich, ob das Gesetz einen zwangsweisen Aufenthalt in einer Klinik von mindestens einem Tag (24 Stunden) zur sachgerechten Durchführung des Eingriffs überhaupt deckt³. Darüber hinaus erfordert der Eingriff in ge-

1 Poeck, S. 34

2 Scheid, S. 53

3 So auch Eb.Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 19 zu § 81 a StPO: "Eine über die Dauer des Eingriffs hinausgehende örtliche und zeitliche Beeinträchtigung des Betroffenen (ist) keineswegs gestattet"; ebenso Eb. Schmidt JR 1957, S. 112 f. entgegen der h.M.: vgl. BayObLG, NJW 1957, S. 272 und Löffler, NJW 1951, S. 821 (823); Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 29 zu § 81 a StPO; OLG Hamm JMBlnRW 1951, S. 243 (244); OLG Celle, NJW 1971, S. 256; Müller-Sax, KMR, Anm. 2 c zu § 81 a StPO

wissem Umfang die Mitarbeit des Probanden, so dass eine gefahrlose Durchführung bei dessen aktivem Widerstand nicht möglich ist. Dabei tritt erneut die schon mehrfach angeschnittene Frage nach der Zulässigkeit einer Vollnarkose auf, ohne die sich ein solcher Eingriff nicht bewerkstelligen liesse.

Unabhängig von dieser Frage erscheint es jedoch problematisch, ob gesundheitliche Nachteile in dem vom Gesetz unter dem Blickpunkt einer prozessualen Zwangsmassnahme geforderten Umfang hinreichend ausgeschlossen sind. Soweit es dem Arzt an entsprechender Übung fehlt, können Schwierigkeiten bei der Einhaltung der korrekten Stichrichtung entstehen. Radikulär ausstrahlende Schmerzen sprechen dabei für einen Kontakt der Nadel mit einer Nervenwurzel. Dies ist aber ebenso wenig wie das Anstechen eines Blutgefässes im Lumbalsack mit einer Gefahr für die Probanden verbunden. Dennoch bringt es grössere Unannehmlichkeiten mit sich. In einigen Fällen¹ hat die Lumbalpunktion allerdings starke meningeale² Reaktionen mit heftigen Kopfschmerzen und Rückenschmerzen zur Folge, die jedoch nach mehreren Tagen wieder abklingen. Zu besonderen Komplikationen kann die Lumbalpunktion bei gesteigertem Hirndruck (intrakranieller Drucksteigerung) infolge raumfordernder Prozesse im Gehirn, insbesondere bei Tumoren der hinteren Schädelgrube,

1 Pette spricht in seinem Gutachten, abgedruckt in BVerfGE 16, 194 (197), von 10 % der Fälle

2 Meningen = Hirn- und Rückenmarkshaut

führen. Dabei besteht die Gefahr lebensbedrohender Einklemmung des Hirnstammes durch eine plötzlich auftretende Druckminderung¹.

c) Die Okzipitalpunktion (Subokzipitalpunktion).

Die Okzipitalpunktion, auch zisternale Liquorentnahme genannt, erfolgt durch Einstich mittels einer langen Hohlneedle zwischen Okzipitalschuppe² und dem Dornfortsatz des Epistropheus³ in die Zisterne⁴. Dabei sitzt der Proband und beugt den Kopf, der nicht zur Seite abweichen darf, auf die Brust. Eine Hilfsperson muss den Probanden in dieser Stellung an der Stirn und am Kinn festhalten, damit er den Kopf nicht plötzlich nach rückwärts nehmen kann.

Die zisternale Methode ist gegenüber der Lumbalpunktion der einfachere Weg, da die Nadel nicht durch knöcherne Hindernisse beeinträchtigt wird⁵. Eine Lokalanästhesie erübrigt sich dabei⁶; darüber hinaus ist der Eingriff auch weniger schmerzhaft als bei der Lumbalpunktion⁷. Da durch den Stichkanal kein zusätzlicher Liquorverlust eintreten kann, sind die der Lumbalpunktion folgenden Beschwerden nicht zu erwarten. Der Proband braucht

1 Scheid, S. 52; Poeck, S. 36; Pschyrembel, Stichw. "Lumbalpunktion"; Lähoda und Stockdorph, Gutachten, S. 41

2 Occiput = Hinterkopf

3 2. Halswirbel

4 Cisterna cerebello-medullaris

5 Poeck, S. 35

6 Scheid, S. 54

7 Gutachten Pette in BVerfGE 16, S. 194 (197)

daher nach der Punktion nicht zu liegen, so dass der Eingriff ambulant durchgeführt werden kann.

Diesen Vorteilen, die einen solchen Eingriff als zulässig erscheinen lassen, steht entgegen, dass bei der Subokzipitalpunktion eher Zwischenfälle auftreten können. Beim Eindringen der Nadel in die Zisterne ist die medulla oblongata¹ nur 1,5 cm von der Nadelspitze entfernt. Selbst bei sorgfältigem Vorgehen kann es dabei zu einem Einstich mit der Folge von Gefühlsstörungen in Händen und Armen, sowie Gefäßverletzungen mit lebensgefährlicher Blutung in die Liquorräume kommen. Insbesondere bei Verdacht auf Meningitis² ist zu befürchten, dass eine prall gefüllte Vene angestochen wird³.

d) Die Zulässigkeit der Eingriffe.

Bereits hier zeigt sich, dass für den Probanden die mit der Subokzipitalpunktion verbundenen geringeren Unannehmlichkeiten das erhöhte Risiko nicht kompensieren können. Zwar kommt bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Eingriffes der Schmerzbelastung des Probanden immer Bedeutung zu, doch steht an erster Stelle die Frage nach dem gesundheitlichen Risiko. Allein die Tatsache, dass die Subokzipitalpunktion der Untersuchungsperson kaum Schmerzen bereitet und ambulant durchgeführt werden kann,

1 Verlängerung des Rückenmarks, Sitz von Atem-, Herzkreislauf- und anderen wichtigen Reflexzentren

2 Hirnhautentzündung

3 Vgl. Scheid, S. 54 und Poeck, S. 35

so dass von daher rechtliche Probleme hinsichtlich einer längeren Freiheitsentziehung nicht auftreten, genügt nicht, um diesen Eingriff als zulässig anzusehen. Eine Abwägung zwischen diesen Komponenten und der Belastung für Leben und Gesundheit kann niemals in Betracht gezogen werden. Da bei der Subokzipitalpunktion eher Zwischenfälle auftreten können als bei der Lumbalpunktion, der mit beiden Eingriffen verbundene Zweck - nämlich die Liquorentnahme - aber derselbe ist, muss die Zulässigkeit der Subokzipitalpunktion von vornherein aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen werden. Es ist daher nicht zutreffend, wenn beide Eingriffe für den Betroffenen als gleichwertig angesehen werden¹ und es dem Arzt überlassen bleibt, welche Methode dieser für die Liquorentnahme wählt². Selbst soweit die Liquorentnahme als grundsätzlich zulässig angesehen wird³, muss auf jeden Fall die zisternale Methode ausscheiden.

Über diese Risiken hinaus ist aber die wesentliche Kontraindikation für die Subokzipitalpunktion ebenso wie für die Lumbalpunktion eine intracranielle Drucksteigerung im Gefolge raumfordernder Prozesse im Gehirn. Zwar geben bestimmte Symptome Anhaltspunkte für derartige pathologische Veränderungen, doch bietet eine weitgehende Sicherheit für den Ausschluss eines solchen Prozesses nur die Angiographie⁴, die ihrerseits einen nicht

1 So aber Gutachten Pette in BVerfGE 16, S. 194 (197)

2 So unrichtig Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 14 zu § 81 a StPO

3 BayObLGSt 1949/51, S. 472 (473)

4 Röntgenologische Darstellung von Gefäßen nach Injektion eines Kontrastmittels

ungefährlichen körperlichen Eingriff darstellt¹. Unter solchen Umständen bedeutet eine Liquorentnahme nach beiden Methoden infolge der plötzlichen Druckentlastung nicht nur eine Gesundheits-, sondern sogar eine Lebensgefährdung für den Betroffenen². Auch Infektionen der Meningen bei Lumbal- und Subokzipitalpunktionen, die unter dem Bild einer eitrigen Meningitis tödlich ausgehen können, sind selbst bei sorgfältiger Vorbereitung der Eingriffe beschrieben worden. Über dieses Risiko aufgeklärt, mag ein Patient seine Einwilligung dennoch erteilen, da der Liquoruntersuchung ein hoher diagnostischer Erkenntniswert zukommt³ und nur so eine gezielte Therapie einsetzen kann. Unter dem Gesichtspunkt des strafprozessualen Aufklärungszwecks erscheint die Situation allerdings in einem anderen Lichte.

Vor dem Hintergrund des hohen diagnostischen Erkenntniswertes mit der Möglichkeit gezielter Heilerfolge muss die Stellungnahme ärztlicher Gutachter zu Bedeutung und Gefahren der Liquorentnahme gesehen werden, denn ihre Tätigkeit hat die Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit des einzelnen Menschen zum Ziel, wobei sich die Abwägung der Risiken immer unter diesem Aspekt vollzieht. Nimmt der Arzt nunmehr in zulässiger Weise im vorbereitenden Stadium der richterlichen Anordnung durch sein Gutachten über Möglichkeiten und Risiken solcher Eingriffe auf den Denkprozess des anordnenden Richters Einfluss, so muss sich der Richter über die oben beschrie-

1 Vgl. unten S. 79

2 Pschyrembel, Stichw. "Lumbalpunktion"; vgl. auch BVerfGE 16, S.194 (199) mit eingehender Bezugnahme auf medizinische Gutachten

3 Poeck, S. 34, Bresser, NJW 1961, S. 250 (253)

bene spezifisch ärztliche Denkweise, unter denen derartige Gutachten erstattet werden, im klaren sein. Der vom Gesetzgeber geforderte Ausschluss einer Gesundheitsgefahr obliegt letztlich aber gerade der richterlichen und nicht der ärztlichen Beurteilung¹. Der Arzt wiederum wird bei keinem körperlichen Eingriff eine Gesundheitsgefährdung absolut ausschliessen können. Unter dem Blickwinkel eines hohen diagnostischen oder therapeutischen Wertes wird er im Einzelfall einen bestimmten Eingriff aber dennoch bejahen. Dabei mag der Grad der Wahrscheinlichkeit eines gesundheitlichen Risikos bei einzelnen Eingriffen abstrakt betrachtet sehr unterschiedlich sein. Aufgabe des Richters bleibt es daher zu erkennen, in welchen Fällen - von der Gesundheitsgefährdung für den einzelnen Beschuldigten abgesehen - die abstrakte Gefahr unter dem Gesichtspunkt der Strafverfolgung ein solches Ausmass erreicht, dass eine Anordnung schlechthin unzulässig wird².

Wendet man diese Grundsätze auf die Liquorentnahme an, so wird deutlich, dass unter medizinischen Kautelen, nach denen die Liquoruntersuchung für die Diagnose einer grossen Zahl gefährlicher Krankheiten wie Multipler Sklerose, Polyneuritis, Rückenmarkstumoren, bestimmten Hirntumoren, entzündlichen Krankheiten und Lues des

1 So dem Sinn nach auch BGH, NJW 1955, S. 1642 f.; BGH 5 StR 733/52 vom 20.11.1952; 5 StR 585/53 vom 26.1.1954; 5 StR 830/52 vom 29.1.1953; alle Urteile zitiert bei BGH, NJW 1955, S. 1642 (1643)

2 Nach BGH, NJW 1955, S. 1642 ist der Tatrichter auch in schwierigen Fragen zu einem eigenen Urteil verpflichtet. So auch Löffler, NJW 1951, S. 821 (822)

Zentralnervensystems¹ unerlässlich ist, die mit dem Eingriff verbundene Gefahr, die sich immer am Erfolgswert misst, in den Hintergrund tritt.

Für den Juristen aber, der das ärztliche Anliegen erkennt und die Gutachten nur so verstehen darf, muss das geschilderte Gesundheitsrisiko an erster Stelle stehen. Wird nämlich die mit dem Eingriff verbundene Gefahr nicht mehr mit dem Ziel der Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit eines Menschen, sondern mit dem Interesse der Öffentlichkeit an einer wirkungsvollen und individuell gerechten Strafverfolgung in Beziehung gesetzt, so zwingt dies zu einer unterschiedlichen Beurteilung des einzelnen Eingriffs. Bei der Liquorentnahme wird dabei die Grenze des Zulässigen überschritten, ohne dass es noch auf das Gewicht der Straftat ankäme. So gesehen kann eine Entscheidung darüber offenbleiben, ob das Verbot der Liquorentnahme aus der Verfassung selbst folgt² oder ob lediglich der in § 81 a StPO normierte Gesundheitsnachteil diesen körperlichen Eingriff verbietet³.

1 Poeck, S. 34

2 Nach BVerfGE 16, S. 194 (201) ist die Liquorentnahme durch die Verfassung nicht schlechthin verboten

3 Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 21 zu § 81 a StPO äusserst Bedenken, scheint aber die Lumbalpunktion doch nicht für gänzlich ausgeschlossen zu halten; ähnlich BGH 5 StR 203/57 vom 1.10.1957, zitiert bei Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 47 zu § 81 a StPO

7. Die Kontrastdarstellung der Liquorräume.

a) Die Pneumoencephalographie (Hirnkammerluftfüllung).

aa) Zweck und Methode der Pneumoencephalographie.

Die Pneumoencephalographie dient der röntgenologischen Darstellung des intracraniellen Liquorraumes mittels gasförmiger Kontrastmittel¹. Der Liquor-Luftaustausch hat den Zweck, die äusseren und inneren Liquorräume auf dem Röntgenbild darzustellen. Die eingeblasene Luft dient als Kontrastmittel, damit so ein übersichtliches Bild der Gehirnform und der Gehirngrösse gewonnen werden kann. An die Hirnkammerluftfüllung schliessen sich zahlreiche Röntgenaufnahmen des Schädels an, die in verschiedenem Strahlengang angefertigt werden. Neuerdings wird bereits die Luftfüllung unter Sichtkontrolle mit Hilfe des Bildverstärkers oder der damit verbundenen Fernsehtechnik vorgenommen².

Der Eingriff³ besteht darin, dass aus dem Liquorsystem des Gehirns und des Rückenmarks mittels der bereits dargestellten Methoden der Lumbal- oder Okzipitalpunktion Flüssigkeit entnommen und mit Luft ausgetauscht wird. Mit einer sterilen Spritze werden dabei jeweils kleine Liquormengen von etwa 1 ml gegen Luft ausgetauscht.

1 Pschyrembel, Stichw. "Enzephalographie"

2 Scheid, S. 66

3 Vgl. Scheid, S. 64 ff.; Bresser, NJW 1961, S. 250; Backmund, GA 1964, S. 304 ff.

Insgesamt erfolgt ein Liquoraustausch von 30 - 40 ml. Während dieser Massnahme ist der Kopf des Probanden in einer bestimmten Lage fixiert. Dabei ist besonders darauf zu achten, dass sich der Proband nicht bewegt. Nach der Luftfüllung wird die Nadel entfernt und die Untersuchungsperson auf den Rücken gelegt. Unter mehrfacher Umlagerung wird schliesslich die Röntgenuntersuchung durchgeführt.

Nachdem der Proband sich bei diesem Eingriff keinesfalls bewegen darf, zeigen sich hier erneut die Schwierigkeiten einer zwangsweisen Durchführung ohne weitgehende Narkotisierung.

Im übrigen schlägt Scheid¹ vor, den Probanden am Vorabend durch leichte Sedierung mit Luminal auf den Eingriff vorzubereiten und ihm kurz vor der Untersuchung Dolantin und Atropin, ein Antimetikum, sowie ein Kreislaufmittel zu geben. Bereits dies lässt erkennen, dass es sich bei der Encephalographie um einen erheblichen Eingriff handelt.

Nach dem Eindringen der Luft in die äusseren Liquorräume des Gehirns treten im allgemeinen Kopfschmerzen und Übelkeit auf². Ausser diesen Beschwerden, mit denen der Eingriff selbst verbunden ist, leidet der Proband für einige Zeit danach unter gewissen Kopfbeschwerden, leichten Schwindelerscheinungen und diffusen Allge-

1 Scheid, S. 64

2 Scheid, S. 66

meinstörungen. Nach Bresser¹ treten diese Beschwerden häufig, wenn auch nicht regelmässig auf; als stärkere Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes wirken sie sich nur in seltenen Fällen aus. Scheid² geht anscheinend im Regelfall von Nachbeschwerden aus, die sich lediglich bei der Subokzipitalfüllung geringer ausprägen, die aber auf jeden Fall nach wenigen Tagen verschwinden.

Bei der Pneumoencephalographie handelt es sich um eine Untersuchungsmethode, die in der Regel als eines der diagnostischen Hilfsmittel für die Feststellung von Hirngeschwülsten herangezogen wird³. Daneben hat sie aber auch in neuropsychiatrischen Kliniken Eingang gefunden und für forensische Gutachten über die Zurechnungsfähigkeit eines Beschuldigten Bedeutung gewonnen⁴. Obgleich die Pneumoencephalographie die Diagnose von Hirngeschwülsten sowie deren Lokalisation wesentlich erleichtert, verbietet ein bereits vorhandener stärkerer Hirndruck mit ausgesprochener Stauungspapille einen solchen Eingriff⁵. "Die Untersuchungsmethode kann nur dann bedenkenlos herangezogen werden, wenn eine intracranielle Drucksteigerung mit Sicherheit auszuschliessen ist"⁶. Nach Bresser⁷ erlaubt jedoch eine allgemeine neurologische Untersuchung, den Verdacht auf solch einen Pro-

1 Bresser, NJW 1961, S. 250

2 Scheid, S. 66

3 Schaltenbrand, S. 74

4 Backmund, GA 1964, S. 304

5 Schaltenbrand, S. 79

6 Scheid, S. 64; Kuhlmann, NJW 1976, S. 350 (351)

7 Bresser, NJW 1961, S. 250

zess "hinreichend" auszuschliessen oder ihn wahrscheinlich zu machen. Abstrakt gesehen bedeutet daher die Pneumoencephalographie bei einem absolut sicheren Ausschluss dieser Indikation für den Probanden kein Gesundheitsrisiko.

Dabei kommen als einfache und einigermaßen ungefährliche diagnostische Hilfsmethoden für die Feststellung derartiger pathologischer Veränderungen im Gehirn das Abtasten des Schädels, eine ~~leichte~~ Perkussion¹ und Auskultation² sowie die Elektroencephalographie in Betracht. Eine weitgehende Sicherheit für den Ausschluss von Kontraindikationen bietet aber hier nur die Angiographie³.

bb) Die Zulässigkeit des Eingriffs.

Die ausführliche Darstellung der medizinischen Aspekte einer Pneumoencephalographie soll dazu beitragen, die Beurteilung der Zulässigkeit eines solchen körperlichen Eingriffs im Rahmen des Strafverfahrens unter den verschiedenen Aspekten zu beleuchten.

Zunächst gestaltet sich die Pneumoencephalographie unter zwei Gesichtspunkten als problematisch. Einmal ist die Voraussetzung für die Hirnkammerluftfüllung die Durch-

1 Abklopfen des Schädels

2 Behorchen der im Körper bestehenden Schallzeichen

3 Vergl. unten S. 79

führung einer Subokzipitalpunktion¹; zum anderen dient sie der röntgenologischen Darstellung des Schädels und birgt damit die mit der Röntgenuntersuchung verbundenen Gefahren in sich².

Selbst wenn jedoch der hier vertretenen Auffassung hinsichtlich der Zulässigkeit einer Liquorentnahme nicht gefolgt werden sollte, so ist die Pneumoencephalographie wegen der für eine weitgehend risikolose Durchführung³ erforderlichen Voraussetzungen und wegen des für das Strafverfahren zweifelhaften Erkenntniswertes auszuschliessen. Die Problematik hinsichtlich der Zulässigkeit der Pneumoencephalographie verlagert sich daher zunächst vom eigentlichen Eingriff auf die notwendigen Voruntersuchungen, denn nur durch solche Massnahmen ist eine Gesundheitsgefahr für die Untersuchungsperson bei Durchführung der Pneumoencephalographie "hinreichend" auszuschliessen⁴. Diese Voruntersuchungen sind aber ihrerseits wieder gravierender Natur oder gehen zumindest über eine einfache allgemeine Untersuchung, die in engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dem Eingriff selbst steht, hinaus. Unabhängig von den Risiken einer Angiographie oder sonstiger neurologischer Untersuchungen auf Krankheitsbilder,

1 Vgl. oben S. 63 f.

2 Vgl. oben S. 52 f.

3 BGH 5 StR 203/57 vom 10.10.1957, zustimmend zitiert in BGHSt 23, 176 (186), hält den Eingriff für eine "nicht ungefährliche Untersuchung"

4 Bresser, NJW 1961, S. 250; OLG Hamm, NJW 1975, S. 2256; vgl. auch Kuhlmann, NJW 1976, S. 350 f.

die eine Kontraindikation für die Pneumoencephalographie bedeuten, treten daher hinsichtlich derartiger vorbereitender körperlicher Untersuchungen die oben geschilderten¹ grundsätzlichen rechtlichen Bedenken auf.

Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, sich erneut die spezifisch medizinische Denkweise zu vergegenwärtigen, da es dabei teilweise zu einer anderen Beurteilung der Fragen als unter streng rechtlichen Kautelen kommen kann. Wenn etwa die von Schaltenbrand² aufgezählten Methoden zur Diagnostizierung und Lokalisierung von Gehirngeschwülsten bis auf die Kontrastdarstellung der Liquorräume erfolglos durchgeführt worden sind, so bestehen bei fehlenden äusseren Anzeichen für eine Kontraindikation unter medizinischen Gesichtspunkten nur geringe Gefahren. Andererseits ist aber auch dann ein gewisses Risiko bei der Pneumoencephalographie nicht restlos ausgeschlossen. In einem solchen Fall würde die Pneumoencephalographie die letzte diagnostische Möglichkeit sein, so dass eine Abwägung zwischen Risiko und diagnostischem Wert nur zu Gunsten des Eingriffs ausfallen könnte. Die Diagnostizierung einer pathologischen Veränderung im Gehirn ist aber absolute Vorbedingung für einen gezielt anzusetzenden Heileingriff. Für den Arzt stellt sich daher immer nur die Frage, ob die Kontrastdarstellung der Liquorräume für den Patienten ein

¹ Vgl. oben S. 29 f.

² Schaltenbrand, S. 74 ff.

grösseres gesundheitliches Risiko bedeutet als ein unentdeckter und damit unbehandelbarer Krankheitsherd. Steht nun aber der Eingriff für die forensische Begutachtung zur Diskussion, so wird auch hier der Arzt die Gefährlichkeit immer unter dem diagnostischen Blickwinkel mit anschliessender medizinischer Heilbehandlung sehen.

Tatsächlich erfordern diese Fragen jedoch eine andere Beurteilung, wenn ein derartiger Eingriff ausschliesslich zur Tatsachenfeststellung im Strafverfahren dienen soll. Es zeigt sich, wie bedeutsam es ist, dass dem Richter die Beurteilung obliegt und wie sehr dieser darauf achten muss, die medizinische Stellungnahme nicht einfach zu übernehmen, sondern die Gewichte unter rechtlichen Aspekten zu setzen¹. Für den Richter geht es nämlich ausschliesslich um eine Abwägung zwischen der körperlichen Unversehrtheit und anderen Rechtsgütern wie dem öffentlichen Interesse an der Aufklärung von Straftaten. Er sieht den körperlichen Eingriff und die damit im Zusammenhang stehenden Folgen nicht unter dem Gesichtspunkt der Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit des einzelnen Menschen, sondern unter dem Blickwinkel des Schutzes der Allgemeinheit vor Rechtsbrechern. Dem Richter steht die Beurteilung eines Eingriffs nach §81 a StPO ausschliesslich unter diesem

1 LG Göttingen, MDR 1952, S. 629 (630);
vgl. auch BVerfGE 16, 194 (201)

Aspekt zu. Keinesfalls darf dabei der von Kuhlmann¹ erwähnte Gesichtspunkt eine Rolle spielen, dass möglicherweise auch gefahrbringende Untersuchungen dann gerechtfertigt sein können, wenn die diagnostische Erkenntnis unmittelbar einer Therapie zugute kommt. Diese Überlegungen sind durch § 81 a StPO in keiner Weise gedeckt und bewegen sich in die gefährliche Nähe einer unzulässigen richterlich angeordneten Zwangsbehandlung. Für die richterliche Beurteilung eines Eingriffs nach § 81 a StPO sind die Schwerpunkte anders zu setzen und die Grenzen enger zu ziehen, denn wo bereits der Arzt das Gesundheitsrisiko erkennt, es aber wegen des überragenden diagnostischen Wertes des Eingriffs in Kauf nimmt, ist für den Richter kein Raum mehr für eine Abwägung unter den rechtlich bedeutsamen Aspekten.

Dazu kommt als weiteres der zweifelhafte Erkenntniswert der Pneumoencephalographie für das forensische Gutachten. Als allgemeines Indikationsgebiet dient die Pneumoencephalographie der Diagnose hirnorganischer Anfallsleiden, frühkindlicher Hirnschädigung, himatrophischer sowie raumfordernder Prozesse². Gerade bei der Klärung der Diagnose hilft die Hirnkammerluftfüllung vielfach entscheidend weiter³. Dennoch ist Bresser⁴ der Auffassung, dass die Ergiebigkeit dieses Eingriffs zu gering ist, um den Eingriff im Strafverfahren zu erzwingen, während Backmund⁵ zwar die mit der Auswertung des

1 Kuhlmann, NJW 1976, S. 350 (351)

2 Scheid, S. 64

3 Bresser, NJW 1961, S. 250

4 Bresser, NJW 1961, S. 250 (252); dem folgend m.E. auch Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 20 zu § 81 a StPO

5 Backmund, GA 1961, S. 304 (306)

Pneumoencephalogramms verbundenen Schwierigkeiten erkennt, den Eingriff selbst unter dem Gesichtspunkt eines nur unterstützenden Ergebnisses aber für gerechtfertigt hält.

Ohne zu der medizinischen Problematik abschliessend Stellung zu nehmen, zeigt sich doch, dass einerseits Bresser seine Absicht mit zu geringem Erkenntniswert belegt, während andererseits Backmund letztlich nur auf die unterstützende Bedeutung des Eingriffs abhebt¹. Damit entfernt Backmund sich von der Sache her nicht wesentlich von Bresser, so dass tatsächlich der forensische Erkenntniswert der Pneumoencephalographie angezweifelt werden muss. Das Problem läuft schliesslich doch wieder auf eine abschliessende rechtliche Beurteilung hinaus. Ein körperlicher Eingriff kann überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn er sowohl abstrakt als auch für den Einzelfall von hohem Erkenntniswert ist. Diesen gesetzesimmanenten Voraussetzungen wird aber dann nicht genügt, wenn der Eingriff in der Regel keinen eigenen Erkenntniswert mehr besitzt, sondern lediglich noch dazu dient, das bereits mit weniger einschneidenden Untersuchungsmethoden gewonnene Ergebnis zu erhärten oder gar im Gutachterstreit den Ausschlag zu geben². Hier kommt der Verhältnismässigkeitsgrundsatz in abgewandelter Form erneut zum Tragen, denn die Schwere des Eingriffs muss nicht nur in einem angemessenen Verhältnis

1 Backmund, GA 1961, S. 304 (306): "Das Pneumoencephalogramm bringt keine grundlegend neuen Erkenntnisse; es stützt den klinischen Eindruck"; vgl. auch Dzendzowski, S. 71 f.

2 So etwa Backmund, GA 1964, S. 304 (306)

zum Gewicht der verfolgten Straftat, sondern auch zum Erfolgs- und Erkenntniswert dieses Eingriffs selbst stehen¹. Das ist bei der Pneumoencephalographie im Rahmen des Strafverfahrens gerade nicht der Fall.

Diese Problematik wird vom Bundesverfassungsgericht² nicht in vollem Umfang ausgeschöpft, wenn es bei schweren Eingriffen wie der Liquorentnahme (und das gleiche gilt für die Encephalographie, da diese mit einer Liquorentnahme verbunden ist) letztlich die Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in der spezifischen Ausformung des Übermassverbots fordert. Die Darlegungen haben einerseits gezeigt, dass der Eingriff von einer hohen abstrakten Gefährlichkeit ist, soweit nicht durch eingehende fachärztliche Untersuchungen das Vorliegen von Gehirngeschwülsten ausgeschlossen werden kann. Damit verbietet die Verfassung selbst die Durchführung eines solchen Eingriffs. Andererseits nehmen bereits die Voruntersuchungen einen solchen Umfang an, dass diese von § 81 a StPO nicht mehr gedeckt sind. Diese Überlegungen aber bedeuten den Ausschluss der Encephalographie, ohne dass noch Raum für eine Abwägung nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bleibt. Letztlich kommt es allerdings auf diese Gesichtspunkte nicht mehr wesentlich an, doch waren sie insoweit heranzuziehen, als dadurch verdeutlicht wird, dass die Pneumoencephalographie sich unter den verschiedensten Blickwinkeln als unzulässiger Eingriff erweist³.

1 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm. 1 zu § 81 a StPO

2 BVerfGE 16, 194 (201 ff.)

3 Ähnlich wie hier Kuhlmann, NJW 1976, S. 350 (351), im Ergebnis aber doch nicht vollständig ablehnend; nicht ganz eindeutig Dzendzalowski, S. 72

b) Die Ventrikulographie.

Für eine Kontrastdarstellung der Liquorräume kommt neben der Encephalographie auch die Ventrikulographie in Betracht¹. Sie findet vor allem in den Fällen Anwendung, in denen das Syndrom einer intrakraniellen Drucksteigerung einen raumfordernden cerebralen Prozess vermuten lässt und damit für die Pneumoencephalographie eine absolute Kontraindikation besteht. Auch die Ventrikulographie hat die röntgenologische Darstellung des Gehirns zum Ziel.

Zur Durchführung dieses Eingriffes wird auf jeder Schädelseite ein okzipitales Bohrloch angelegt, durch das ein vorsichtiger Liquoraustausch erfolgt². Die Ventrikulographie selbst ist mit keinen grösseren Risiken verbunden als die Pneumoencephalographie, stellt sich jedoch von der Ausführungsart her bereits als ein derart gravierender Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar, dass dieser unabhängig vom Gewicht der verfolgten Straftat in jedem Fall unzulässig ist. Dies scheint auch allgemeine Auffassung zu sein, denn die Ventrikulographie ist bisher - soweit ersichtlich - in Verbindung mit den zwangsweisen Eingriffen nach § 81 a StPO nicht einmal diskutiert worden.

8. Die Angiographie (Carotisangiographie).

Es wurde bereits mehrfach darauf hingewiesen³, dass mit

1 Scheid, S. 66; Schaltenbrand, S. 76 ff.

2 Vgl. Pschyrembel, Stichwort "Ventrikelpunktion"

3 Vgl. oben S. 65 und S. 72

Hilfe der Angiographie raumfordernde Prozesse im Gehirn festgestellt und auf diese Weise Erkenntnis über Kontraindikationen für die Pneumoencephalographie gewonnen werden können. Die Angiographie ermöglicht darüber hinaus die Diagnostik von Veränderungen der cerebralen Gefässe und allgemeiner sowie örtlicher Funktionsstörungen des Hirnkreislaufs¹. Wie die Pneumoencephalographie und die Ventrikulographie dient auch die Carotisangiographie der röntgenologischen Darstellung, und zwar in diesem Fall von Gefässen des Gehirns nach Injektion eines trijodierten wasserlöslichen Kontrastmittels.

Die Methode der Wahl ist bei der Carotisangiographie die perkutane Punktion der Arteria carotis communis. Mit einer Spezialkanüle, die nach dem Einstich einige Zentimeter in die Arteria vorgeschoben oder durch einen Katheter ersetzt wird, erfolgt manuell oder durch einen Überdruckapparat die Einbringung des Kontrastmittels². Während der arteriellen Füllungsphase erfolgt die Erstellung des Angiogramms mit einer im simultanen Zwei-Ebenen-Betrieb arbeitenden Röntgeneinrichtung mit Grossbildserienwechsler. Der Schädel wird dabei von beiden Ebenen alternierend aufgenommen. Entscheidend ist, dass mit grossem technischen Aufwand wie Programmwähler und elektronischer Steuerung gearbeitet wird, um die Untersuchung rasch durchzuführen und die Strahlenbelastung möglichst gering zu halten.

1 Betz in Gänshirt, S. 265; Pschyrembel, Stichwort "Angiographie"

2 Betz in Gänshirt, S. 267

Kontraindikationen für die Angiographie sind in erster Linie eine Überempfindlichkeit gegenüber dem Kontrastmittel sowie schwere Arteriosklerose. Auch bei der Angiographie haben daher zunächst Voruntersuchungen stattzufinden, um die grössten Risiken auszusondern. Als Voruntersuchung kommen vor allem die Elektroencephalographie¹ und die Szintigraphie² in Betracht. Aber selbst wenn diese Vorsichtsmassnahmen beachtet worden sind, ist es zu unterschiedlichen Komplikationen wie Gefässrupturen, Luftembolien, Verletzung von Nebenorganen, Arterienwandschädigungen an der Punktionsstelle, intramuralen Blutungen und Spasmen gekommen³. Allerdings hat heute die grössere Erfahrung mit angiographischen Untersuchungen dazu geführt, dass die Komplikationsraten und die Mortalität nach diesen Eingriffen gesunken ist und nur noch selten bleibende Nachwirkungen zu beobachten sind⁴. Es genügt jedoch bereits die Aufzählung der nicht ganz seltenen Komplikationsfälle, um im Sinne der früheren Ausführungen⁵ eindeutig sagen zu können, dass auf jeden Fall Nachteile für den Betroffenen zu befürchten sind und damit nach § 81 a StPO ein solcher Eingriff nicht angeordnet werden darf⁶.

¹ Vgl. oben S. 57 ff.

² Vgl. unten S. 83 f.

³ Aufzählung bei Pschyrembel, Stichwort "Angiographie"; weitere Nachw. bei Kuhlmann, NJW 1976, S. 350 (351)

⁴ Schiefer in Gänshirt, S. 787 ff.

⁵ Vgl. oben S. 36 f.

⁶ Kuhlmann, NJW 1976, S. 350 (351) will sie allerdings nicht in jedem Fall ausschliessen, äussert jedoch auch grundsätzliche Bedenken

Soweit der Proband der Untersuchung aktiven Widerstand entgegensetzt, kann die Angiographie nur in Vollnarkose durchgeführt werden. Die Vollnarkose begegnet aber - wie noch zu zeigen sein wird¹ - ihrerseits erheblichen Bedenken. Darüber hinaus dürfte die Durchführung der Angiographie gegen den Willen des Beschuldigten nicht ohne Auswirkung auf das vegetative Nervensystem bleiben; nervöse Einflüsse spielen aber für die Blutverteilung im Gehirn eine wichtige Rolle², so dass unter derartigen psychischen Belastungen die Gefahr von Komplikationen erhöht wird³.

Da bei der Carotisangiographie die abstrakte Gefährlichkeit nicht verneint werden kann, muss diese Untersuchungsmethode im gegenwärtigen Zeitpunkt als Zwangsmassnahme nach § 81 a StPO ausscheiden.

9. Die Szintigraphie.

Ähnlich wie durch die Elektrokardiographie, die Liquoruntersuchung und die Carotisangiographie können auch durch die Szintigraphie Untersuchungen auf pathologische Veränderungen im Gehirn wie etwa raumfordernde intracranielle Prozesse durchgeführt und damit Erkenntnisse für die Beurteilung der Untersuchungsperson im Strafverfahren gewonnen werden.

1 Vgl. unten S. 91 ff.

2 Lübbbers in Gänshirt, S. 251

3 Kuhlmann, NJW 1976, S. 350 (353)

Das Prinzip der Szintigraphie beruht darauf, dass intravenös gegebene radioaktive Verbindungen im pathologisch veränderten Hirngewebe angereichert werden. Die Anreicherung der Gammastrahlen innerhalb der Schädelkapsel wird durch einen Messkopf, der den Schädelbereich systematisch abtastet, registriert, in elektronische Impulse umgewandelt und in Form von Stichsignalen auf Papier gedruckt. Der Proband erhält zunächst eine Injektion von Radionukliden; 30 - 60 Minuten danach beginnt die eigentliche Untersuchung mit den Szintillationszähler.

Die Methode ist von hohem diagnostischen Wert, da sich mit ihr 78 % der intracraniellen Tumore nachweisen lassen¹. Die Untersuchung ist für den Probanden völlig schmerzlos, mit nur sehr geringer Strahlenbelastung verbunden und selbst mehrfach ambulant durchführbar². Die Anwendung dieser Untersuchungsmethode muss daher unter dem Blickwinkel des § 81 a StPO auch gegen den Willen der Untersuchungsperson als zulässig angesehen werden.

10. Die Computertomographie.

Bei der Computertomographie handelt es sich um ein neuartiges röntgentechnisches Verfahren³, das auf subtilen

1 Scheid, S. 90

2 Scheid, S. 90; Poeck, S. 60; Piepgras, S. 180

3 Vgl. allgemein zur Computer-Tomographie Ostertag-Sternsdorff, NJW 1977, S. 1482

Schwächemessungen basiert, die über Computer ausgewertet werden. Die intravenöse Applikation von wasserlöslichen Kontrastmitteln erhöht bei einer grossen Zahl pathologischer Prozesse die Nachweismöglichkeit beträchtlich. Durch die neue Methode ist es zu einer beträchtlichen Verschiebung innerhalb des neuroradiologischen Untersuchungspektrums gekommen. Besonders gross ist ihr Einfluss auf die Indikationen zur Pneumoencephalographie, zur Hirnszintigraphie und zur Ventrikulographie¹.

Da die Computertomographie wie die Szintigraphie eine absolut ungefährliche und den Patienten nicht belastende Untersuchungsmethode ist, deren Vorteil gerade darin besteht, dass sie wiederholbar ist und damit Verlaufsbeobachtungen ermöglicht², muss sie auch im Strafverfahren als zulässig erachtet werden.

Allerdings muss während des Untersuchungsvorganges jede Bewegung des Kopfes vermieden werden. Bei aktivem Widerstand des Probanden kommt eine Untersuchung daher nur in Narkose mit den unten³ aufgezeigten Bedenken in Betracht.

Trotz der Verschiebung innerhalb der herkömmlichen Untersuchungsmethoden hat sich zwischenzeitlich jedoch herausgestellt, dass die Computertomographie keines der bisher gebräuchlichen neurologischen Untersuchungsverfahren überflüssig macht oder ganz ersetzen kann⁴, ähnlich wie auch die Szintigraphie auf Grund ihrer andersartigen Erkenntnismöglichkeiten⁵ die Pneumoencephalographie nicht zu ersetzen vermochte⁶.

1 Piepgras, S. 135

2 Piepgras, S. 149

3 S. unten S. 91 ff.

4 Piepgras, S. 135

5 Piepgras, S. 196

6 Huber, S. 1529: "Das pneumoencephalographische Verfahren ist ... wertvoll und im Bereich des Fragenkomplexes der Hirnatrophie vorerst durch andere Verfahren nicht vollständig ersetzbar"

11. Körperliche Eingriffe im Zusammenhang mit Abstammungsuntersuchungen.

Auch beim Beschuldigten selbst kann etwa im Zusammenhang mit § 170 und 173 StGB oder mit den Eidesdelikten eine Abstammungsuntersuchung Bedeutung erlangen. Soweit diese Untersuchung durch ein Blutgruppen- oder ein serostatisches Gutachten erfolgt, sind dazu ausser der Blutentnahme keine weiteren körperlichen Eingriffe erforderlich. Auch ein erbbiologisches Gutachten, das sich auf den Vergleich äusserer Merkmale beschränkt, ist hier ohne Bedeutung. Darüber hinaus ist allerdings bei erbbiologischen Gutachten gelegentlich der genetische Wirbelsäulenvergleich nach Kühne¹ als beweiskräftige Untersuchungsmethode zur Abstammungsprüfung² angesehen worden. Diese Methode macht eine röntgenologische Untersuchung der Wirbelsäule erforderlich. Da die Zulässigkeit einer Röntgenuntersuchung im Strafverfahren bereits grundsätzlichen Bedenken begegnet³, muss bei der Abstammungsuntersuchung diese Methode ganz ausscheiden, da die Untersuchungsperson einer starken Strahlenbelastung ausgesetzt⁴ und darüber hinaus die Beweiskraft der Methode äusserst umstritten ist⁵.

Grundsätzlich ist bei allen Abstammungsuntersuchungen die Zeugungsfähigkeit des als Vater in Betracht kommenden Mannes entscheidend. Praktische Bedeutung erlangt diese Untersuchung aber im wesentlichen im Zusammenhang mit dem Tragzeitgutachten. Neben der Beurteilung von Tragzeiten und Reifegrad des Kindes erfordert das Tragzeitgutachten

1 Kühne, Handbuch f.d.Vormund 1959, Heft 10 c

2 LG Göttingen, NdsRpfl. 1949, S. 78

3 S. oben S. 55 ff.

4 Beitzke in Ponsold, S. 568 (585)

5 Beitzke in Ponsold, S. 568 (585), m.w.N. in Fussn. 102; Harrasser, Handbuch f.d.Vormund 1957, Heft 10 a; nach Schade in Beitzke, Hosemann u.a., S.153 wird die Methode wegen der Schwierigkeit der Durchführung und der Unsicherheit der Ergebnisse nicht mehr angewendet

als fortpflanzungsphysiologische Methode¹ die Beurteilung der Konzeptionsmöglichkeit bei den gegebenen Zyklusverhältnissen der Kindsmutter². Da es beim Tragzeitgutachten gerade darauf ankommt, die Konzeptionsmöglichkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt zu beurteilen, sollten bei begründeten Zweifeln vor allen anderen mit dem Tragzeitgutachten im Zusammenhang stehenden schwierigen Untersuchungen zunächst Bedenken hinsichtlich der Zeugungsfähigkeit des Mannes ausgeräumt werden³.

Die aufschlussreichste Untersuchungsmethode ist dabei die Beurteilung des Ejakulats⁴, das durch Massage und Auspressung des Samenbläschens vom Mastdarm aus gewonnen werden kann⁵. Unabhängig davon, ob ein solches Verfahren als körperlicher Eingriff anzusehen ist, wird diese Massnahme allgemein als unzumutbar angesehen⁶. Elektrophysikalische Ejakulationsteste zur Feststellung der Funktion der Hoden und Nebenhoden sind wegen der Gefahr irreparabler Störungen der samenabführenden Wege selbst bei Freiwilligkeit abgelehnt worden⁷. Auch die röntgenologische Darstellung der samenführenden Wege muss wegen der hierbei besonders hohen Gefahr von Gen-Mutationen ausscheiden. Obgleich als weitere Untersuchungsmethode die operative Entnahme von Hodengewebe (Hodenbiopsie) als einfacher, risikoloser

1 Kühne, Handbuch f.d.Vormund 1959, Heft 10 c, S.30

2 Stegmann in Ponsold, S. 509

3 Stegmann in Ponsold, S. 509

4 Doepfner in Ponsold, S. 522

5 Dietz, S. 186

6 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.12 b zu § 81 c StPO; "schlechterdings unzumutbar"; Meyer in LR, 23.Aufl., Rdn. 28; "geeignet die Menschenwürde zu verletzen"; Doepfner in Ponsold, S.522; Eb.Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 20 zu § 81 a StPO

7 Doepfner in Ponsold, S. 523

und schmerzlos durchführbarer Eingriff bezeichnet wird¹, kommt zumindest unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit auch dieser Eingriff nicht in Betracht, so dass eine zwangsweise Untersuchung auf die Zeugungsfähigkeit zur Feststellung der Vaterschaft grundsätzlich ausscheidet.

12. Untersuchung auf die Zeugungsfähigkeit ausserhalb von Abstammungsuntersuchungen.

Während es bei Abstammungsuntersuchungen auf die Befruchtungsfähigkeit (*potentio generandi*) des Mannes ankommt, erfordert die Erfüllung des Tatbestandes der §§ 173, 176 Abs.3 Nr. 1, 177 Abs.1, 179 Abs.2, 182 StGB einen Beischlaf und damit die Begattungsfähigkeit (*potentia coeundi*) des Mannes. Beischlaf im Sinne dieser Normen bedeutet den Geschlechtsverkehr im engeren Sinne, den Koitus, wobei es zur Vereinigung der Geschlechtsteile von zwei Personen verschiedenen Geschlechts kommen muss². Allerdings deckt sich der strafrechtliche Begriff "Beischlaf" nicht notwendig mit dem medizinisch naturwissenschaftlichen Begriff, der darunter Befriedigung des Geschlechtstrieb und Fortpflanzung versteht³. Der "Beischlaf" im strafrechtlichen Sinne ist daher lediglich eine ihrer Art nach zur Zeugung geeignete Handlung, wobei nicht erforderlich ist, dass das männliche Glied vollständig in das weibliche Geschlechts-

1 Doepfner in Ponsold, S. 523

2 Schönke-Schröder, Rdn. 4 zu § 173 StGB, Mösl in LK, Rdn.3 vor § 173 StGB

3 BGHSt 16,175 (176 f.)

teil eindringt. Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals "Beischlaf" hat daher weder ein Samenerguss¹ noch eine vollständige Vereinigung der Geschlechtsteile² zu erfolgen. Das Eindringen des errigierten männlichen Gliedes in das weibliche Geschlechtsorgan muss jedoch seinen Anfang genommen haben, was die Begattungsfähigkeit (*potentia coeundi*) des Mannes voraussetzt. Da eine mögliche *impotentia coeundi*, abgesehen von schweren organisch bedingten Störungen, aber nicht objektivierbar ist und subjektive Angaben des Probanden oder der Partnerin erheblichen Bedenken begegnen³, müsste der Weg für einen objektiven Beweis doch in vielen Fällen über die Untersuchung der *potentia generandi* führen. Eine zwangsweise Untersuchung auf die *potentia generandi* aber scheidet - wie bereits dargelegt⁴ - aus, da die Untersuchung entweder mit hohen Risiken verbunden oder als unzumutbar anzusehen ist.

1 RGSt 4, 23

2 BGHSt 16, 175

3 Doepfner in Ponsold, S. 521

4 Vgl. oben S. 85 ff.

13. Anästhesie zur Durchführung körperlicher Eingriffe.

a) Die Doppelwirkung der Anästhesie

Die Frage nach der Zulässigkeit einer Anästhesie zur Durchführung körperlicher Eingriffe enthält Aspekte von unterschiedlicher Bedeutung: Einmal kann es darum gehen, das Schmerzempfinden einer Untersuchungsperson bei körperlichen Eingriffen nach § 81 a StPO auszuschalten, zum anderen den Widerstand des sich gegen den Eingriff wehrenden Beschuldigten zu brechen. Als weitere Möglichkeit kommt ganz allgemein die Betäubung einer randalierenden Person in Betracht. Soweit eine Narkose erforderlich wird, um einen körperlichen Eingriff trotz Gegenwehr ohne grösseres gesundheitliches Risiko durchzuführen, besteht eine unmittelbare Beziehung zwischen Betäubung und dem Eingriff selbst. Soll dagegen ein renitenter Beschuldigter lediglich beruhigt werden, so steht dies in keinem Zusammenhang mit der Durchführung eines körperlichen Eingriffs zur Tatsachenfeststellung. Dennoch kann sich eine narkotisierende Spritze unter polizeilichen Gesichtspunkten als angemessenes Mittel zur Abwehr einer unmittelbaren Gefahr erweisen¹. In diesem Zusammenhang tritt jedoch die hier allein interessierende strafprozessuale Problematik nicht in Erscheinung.

Probleme hinsichtlich der Zulässigkeit einer solchen Massnahme stellen sich jedoch dann, wenn die Narkotisierung vorgenommen werden soll, um eine gefahrlose Durch-

¹ Vgl. dazu Kohlhaas, DMW 1964, S. 992;
Kohlhaas, DMW 1965, S. 842

führung eines körperlichen Eingriffs zu ermöglichen. Der Zweck der Narkose verlagert sich dabei von der rein polizeilichen Zwangsmassnahme zu einer den körperlichen Eingriff selbst unterstützenden Massnahme. Soweit wegen der besonderen Situation des Einzelfalles der eigentliche körperliche Eingriff erst durch die Narkose ermöglicht wird, beurteilt sich deren Zulässigkeit ebenfalls nach § 81 a StPO. Das bedeutet, dass die aufgrund einer medikamentösen Zwangsberuhigung eines Beschuldigten, also als polizeiliche Massnahme herbeigeführte Ruhephase, für die Durchführung eines körperlichen Eingriffs nur dann genutzt werden darf, wenn auch zur Vornahme des körperlichen Eingriffs allein eine Narkotisierung zulässig gewesen wäre. Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus der notwendigen selbständigen Betrachtungsweise ausschliesslich unter dem Blickwinkel des § 81 a StPO und der gefährlichen Nähe, in die solche Eingriffe sonst zu den absolut verbotenen Methoden des § 136 a StPO rücken könnten.

Damit tritt die Frage in den Vordergrund, inwieweit eine Narkose überhaupt zulässig sein kann, um an einem widerstrebenden oder auch nur extrem unruhigen Beschuldigten einen Eingriff ohne Gesundheitsrisiko durchführen zu können. Die Massnahme steht dabei in einer unmittelbaren Beziehung zum rein physischen Zwang, unterscheidet sich davon aber nicht allein durch den unterschiedlichen Wirkungsmechanismus, sondern vor allem dadurch, dass sie - anders als die normale Beruhigungsspritze - vielfach überhaupt nicht durch physischen Zwang ersetzt werden kann und somit als einziges Mittel für eine gefahrlose

Durchführung des körperlichen Eingriffs in Frage kommt. Damit wird auch die Beziehung zu § 81 a StPO hergestellt, denn nur mittels eines in Narkose durchgeführten Eingriffs kann überhaupt zu einer Tatsachenfeststellung gelangt werden. Zwar dient die Narkose dann nur indirekt der Tatsachenfeststellung, wie eventuell sogar der eigentliche Eingriff selbst, aber sie kann im Einzelfall der einzig gangbare Weg sein, um einen körperlichen Eingriff durchzuführen.

Von der Duplizität des Eingriffs her begegnet die Narkose also keinen Bedenken. Allerdings muss auch hier für eine abschliessende Beurteilung ihrer Zulässigkeit § 81 a StPO unter allen Aspekten überprüft werden, wobei es keinen Unterschied bedeutet, ob die Narkose als alleiniges Mittel für die gefahrlose Durchführung des Eingriffs in Frage kommt oder lediglich zur Ausschaltung von Schmerzen bei einem Eingriff dienen soll.

b) Lokalanästhesie und Narkose.

Dabei ist zunächst zwischen der örtlichen Betäubung (Lokalanästhesie)¹ und der allgemeinen Betäubung (Narkose) zu unterscheiden. Sowohl bei den Lokalanästhetika wie bei den übrigen Narkotika handelt es sich um sogenannte Membrangifte. Während die Allgemeinnarkotika in

¹ Pschyrembel, Stichw. "Anästhesie"

gewisser Konzentration die peripheren Nerven reizen und die Nervenzellen lähmen, wirken die lokalanästhetischen Mittel auf die Nervenendorgane und Nervenstämmen ein. Am Zentralorgan gehören letztere zu den Krampfgiften¹. Die Grundwirkung der Lokalanästhetika besteht zwar in einer Herabsetzung der zellulären Erregbarkeit gegenüber schwelligen und überschwelligen Reizen aller Art, doch ist es vom klinisch-pharmakologischen Standpunkt her nicht möglich, die Bedeutung der Lokalanästhetika nur "lokal" zu sehen, da sie eine sehr breite Allgemeinwirkung haben². So lassen sich theoretisch alle Operationen in Allgemeinnarkose oder Lokalanästhesie durchführen. Die Wahl des Mittels muss also jeweils vom Einzelfall her erfolgen³.

In diesem Zusammenhang wird bedeutsam, dass beim Übergang grösserer Mengen lokalanästhetischer Mittel in die Blutbahn Vergiftungserscheinungen am Zentralorgan auftreten können, die sich zunächst in Krämpfen und bei höheren Vergiftungsgraden in Lähmungserscheinungen äussern⁴. Die Lokalanästhesie ist daher nicht in jedem Fall gesundheitlich ungefährlich, da sie eine toxische Wirkung nicht nur in einem eng umgrenzten Körperbereich entfaltet. Sie kann daher unter juristischen Aspekten bei der Durchführung zwangsweiser körperlicher Eingriffe nicht bedenkenlos zugelassen werden. Dennoch handelt es sich nicht um einen absolut unzulässigen Eingriff, da in der Regel mit Lokalanästhesie kein Gesundheitsrisiko verbunden ist. Andererseits stellt die Lokalanästhesie aber

1 Killian-Weese, S. 33

2 Killian, S. 111

3 Killian-Weese, S. 32

4 Killian-Weese, S. 33

auch keinen unbedeutenden körperlichen Eingriff dar, so dass ihre Zulässigkeit im Einzelfall unter sorgfältiger Abwägung nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beurteilen ist. Dabei gilt es in jedem Fall darauf zu achten, dass unter Berücksichtigung der besonderen physischen und psychischen Verfassung des Beschuldigten gesundheitliche Nachteile nach ärztlichem Ermessen ausgeschaltet sind.

Was die Allgemeinnarkose betrifft, so besteht deren Charakteristikum darin, einen Lähmungszustand herbeizuführen. Das Wesen der Narkose liegt "in einer reversiblen Vergiftung als Ausdruck einer funktionellen Störung ohne Dauerveränderung"¹. Die absolute Reversibilität findet dort ihre Grenze, wo eine Narkose zu tief, also mit zu hoher Konzentration oder mit mittlerer Konzentration über einen zu langen Zeitraum gegeben wird, so dass auf die Zellstoffwechselhemmung sekundär Zellstoffwechselfehlleistungen mit Spätschädigungen erfolgen. Da jede Narkose eine Belastung für den Kreislauf bedeutet, ist es wesentlich, vor dem Eingriff das Narkoserisiko festzusetzen. Dabei sind vier Risikogruppen entwickelt worden², wobei es bezeichnend ist, dass auch diejenigen Personen, die ausser der chirurgisch zu behandelnden Erkrankung - und nur diesen Fall kann der Mediziner überhaupt im Auge haben - keinerlei Organ- oder System-schäden haben, bereits einer "Risikogruppe" zugeordnet werden.

1 Killian-Weese, S. 32

2 Barth-Meyer, S. 140

Komplikationen nach der Narkose wie Kreislauf- und Lungenkomplikationen, Nausea¹ und Erbrechen, tagelang anhaltender Singultus² und postnarkotische Dauerschäden sind je nach Narkoseart beschrieben worden. Die Narkose stellt aufgrund ihrer toxischen Wirkung in jedem Fall einen Eingriff in die natürliche Körperfunktion dar, der nicht ohne medizinische Notwendigkeit vorgenommen werden sollte⁴. Dies allein ist Grund genug, von einer zwangsweisen Narkose im Strafverfahren abzusehen, bzw. ihre Zulässigkeit nach § 81 a StPO wegen des gesundheitlichen Risikos abzulehnen⁵.

1 Übelkeit

2 Schluckauf

3 Killian-Weese, S. 418 ff.

4 Vgl. allgemein zum Narkoserisiko, Tschirren, Der Narkosezwischenfall

5 A.A. Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 44 zu § 81 a StPO mit der Begründung, es verstehe sich von selbst, dass schmerzhaft Eingriffe möglichst unter Betäubung vorgenommen werden sollten; Eb.Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 3o zu § 81 a StPO hält in starker Anlehnung an Göppinger eine Narkose ("gewöhnliche Narkose") nicht für grundsätzlich unzulässig. Die hier vertretene Ansicht wird zunächst gestützt von Göppinger, Der Nervenarzt 1952, S. 246, wo eine Pneumoencephalographie abgelehnt wurde, nachdem sie wegen des aktiven Widerstandes des Beschuldigten nur in Narkose hätte ausgeführt werden können. Andererseits bejaht Göppinger die Zulässigkeit einer Narkose wiederum ohne Bedenken, wie er überhaupt alle in der klinischen Praxis zu diagnostischen Zwecken üblichen Eingriffe, soweit sie für das Verfahren von Bedeutung sind, als durch § 81 a StPO gedeckt ansieht

Dazu kommt, dass vor jeder Narkose eine gründliche Allgemeinuntersuchung erforderlich ist, um die Untersuchungsperson überhaupt in eine der Risikogruppen einordnen zu können. Soweit derartige Untersuchungen nicht ihrerseits mit körperlichen Eingriffen verbunden sind, müssten sie allerdings bei strikter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes noch hingenommen werden.

Jede Narkose erfordert darüber hinaus eine psychische und medikamentöse Vorbereitung des "Kranken" mit dem Ziel, die Reflexaktivität herabzusetzen. Da die Narkosemittel zuert erregend und dann lähmend wirken, bedeutet gerade das Zusammenwirken von gesteigerter Reflexaktivität und erregender Narkotikumwirkung (Exzitation) eine der häufigsten Ursachen von Narkosetodesfällen in der Einleitungsphase¹. Dass eine psychische Vorbereitung bei einem Beschuldigten, der einem Eingriff aktiven Widerstand entgegensetzt, ausscheidet, bedarf kaum näherer Begründung. Es bleibt also nur die medikamentöse Vorbereitung, die sich ihrerseits wieder als körperlicher Eingriff darstellt. Es ist in dieser Arbeit, aber auch in Literatur und Rechtsprechung, wiederholt darauf hingewiesen worden, dass eine pauschale Anordnung von körperlichen Eingriffen nicht in Frage kommt².

1 Barth-Meyer, S. 141 f.

2 Vgl. oben S. 33 Anm. 4; auch Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm. 6 e zu § 81 a StPO fordert für die "gewöhnliche" Narkose oder die örtliche Betäubung noch eine besondere richterliche Anordnung. Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 44 zu § 81 a StPO hält eine besondere Anordnung des Richters dagegen nicht mehr für erforderlich

Die Prämedikation vor der Narkose ist aber eine Sicherheitsmassnahme zum Schutz des "Patienten", auf die unter keinen Umständen verzichtet werden darf¹, so dass sich unter medizinischen Aspekten deren absolute Notwendigkeit für die Vornahme der Narkose ergibt. Ob hier noch der zeitliche und räumliche Zusammenhang mit der Narkose bzw. dem eigentlichen Eingriff gewahrt bleibt und diese Prämedikation als Eingriff zur Feststellung von Tatsachen, die für das Verfahren von Bedeutung sind, gewertet werden kann, erscheint über die allgemeinen Risiken einer Narkose hinaus ähnlich problematisch wie die Zulässigkeit umfangreicher Voruntersuchungen zum Ausschluss von Kontraindikationen bei der Pneumoencephalographie.

c) Die Zulässigkeit der Anästhesie im Rahmen des
§ 81 a StPO.

Die angeführten Faktoren machen deutlich, dass die Zulässigkeit der Vollnarkose im Rahmen des § 81 a StPO wegen der damit verbundenen medizinischen Risiken nicht bejaht werden kann². Nach der hier vertretenen Auffassung kommt für das Strafverfahren allenfalls der Lokalanästhesie eine gewisse Bedeutung zu. Die Allgemeinnarkose tritt schon deshalb in den Hintergrund, weil schwere Eingriffe, wie die Lumbal- und Okzipitalpunktion, die Pneumoencephalographie oder die Angiographie, bei denen sie wegen des

1 Barth-Meyer, S. 145

2 Vgl. zu den gegenteiligen Ansichten S. 94, Anm. 5

Widerstandes des Beschuldigten überhaupt erforderlich werden könnte, bereits ihrerseits als unzulässig abgelehnt werden. Eventuell weitere denkbare medizinische Eingriffe zur Tatsachenfeststellung im Strafverfahren, die eine Narkose allein wegen der damit verbundenen starken Schmerzen erforderlich machen würden, müssen ohnehin als durch § 81 a StPO ausgeschlossen angesehen werden.

14. Schlussfolgerungen.

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass es insgesamt nur wenige körperliche Eingriffe gibt, die im Rahmen des § 81 a StPO als zulässig angesehen werden können. Dabei ist die Ursache für das Verbot der Eingriffe in der Regel nicht in der nicht mit hinreichender Sicherheit auszuschliessenden Gesundheitsgefahr zu suchen. Dass dennoch Eingriffe wie die Harnentnahme, die Röntgenuntersuchung, die Narkose, die Lumbal- oder Okzipitalpunktion und im Grundsatz sogar die Pneumoencephalographie von Literatur und Rechtsprechung¹ als zulässig angesehen werden, hat ihren Grund wohl in der medizinisch beeinflussten Denk-

¹ Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 7 zu § 81 a StPO hält die "Punktion" höchstens bei "schwerstem strafrechtlichen Vorwurf" und "sehr hohem Verdachtsgrad" für zulässig; die Encephalographie wird wegen der geringen Ergiebigkeit "kaum noch als zulässig erachtet". Mit ähnlicher Begründung Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 40 zu § 81 a StPO für die Liquorentnahme; die Pneumoencephalographie kann allerdings nur in besonderen Ausnahmefällen für zulässig erachtet werden (Rdn.47); unbedenklich allerdings die Röntgendurchleuchtung (Rdn.48) und die Narkose (Rdn.44); Kern-Roxin, S. 169 f. hat auch keine grundlegenden Bedenken gegen die Lumbalpunktion und die "gefahrlose" Hirnuntersuchung; ebenso BayObLGSt 1949-51, S. 472 (473) hinsichtlich der Lumbalpunktion, nach BVerfGE 16, 194 (201) ist die Liquorentnahme nicht schlechthin verboten

weise der Juristen. Der Arzt, der den Richter über das mit einem körperlichen Eingriff verbundene Gesundheitsrisiko aufzuklären hat, wird immer zwischen der diagnostisch-therapeutischen Bedeutung und dem Risiko abwägen, wobei - wie oben bereits erörtert¹ -, viele Eingriffe als relativ gefahrlos bezeichnet werden. Diese relative Gefährlosigkeit erscheint jedoch in einem anderen Licht, wenn Bezugspunkt nicht mehr die Erhaltung oder Wiederherstellung der menschlichen Gesundheit², sondern die Tatsachenfeststellung im Strafverfahren ist. Dabei wird deutlich, dass unter diesem Blickwinkel die Formulierung des Gesetzes "wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist" für den Beschuldigten einen nur unzureichenden Schutz vor körperlichen Eingriffen im Strafverfahren bedeutet.

Bereits Klug hat auf dem 46. Deutschen Juristentag³ eine Änderung des § 81 a StPO vorgeschlagen, dabei aber im wesentlichen auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und die Möglichkeit anderweitiger Ergebnisermittlung abgehoben. Diese Grundsätze sind heute durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefestigt und im Bewusstsein bei der Auslegung grundrechtsbeschränkender Bestimmungen verhaftet, so dass es einer ausdrücklichen Regelung eigentlich nicht mehr bedarf.

1 Vgl. oben S. 74 ff.

2 Aus dem ärztlichen Gelöbnis, vgl. S. 1

3 Klug, Verh. 46. dt. Juristent., Bd. II, S. F 67/68, 1. Sp., These 3

Klug¹ hat darauf hingewiesen, dass Massnahmen nach § 81 a StPO auf geringfügige körperliche Eingriffe wie Blutentnahme und ähnliches zu beschränken seien. Bezeichnend ist dabei, dass das Gesetz die Blutentnahme als einzigen körperlichen Eingriff ausdrücklich erwähnt, im übrigen aber nur von anderen körperlichen Eingriffen spricht, wobei sich gezeigt hat, dass eine Reihe anderer von der Literatur und Rechtsprechung als zulässig angesehene Eingriffe weit schwerwiegender sind. Damit scheint gerade das Gesetz selbst mit der Anführung der Blutentnahme einen Anhaltspunkt für Gewicht und Ausmass der zulässigen körperlichen Eingriffe zu geben, denn andernfalls hätte dieser wohl geringste körperliche Eingriff kaum ausdrücklich in das Gesetz Eingang finden müssen².

So bieten sich zwei Alternativen, um die aus rechtsstaatlicher Sicht für den Beschuldigten weitgehend unsichere Situation einer eindeutigen gesetzlichen Regelung zuzuführen. Entweder wird in der Formulierung des Gesetzes klar zum Ausdruck gebracht, dass "unter anderen körperlichen Eingriffen" allenfalls Eingriffe vom Umfang und Ausmass der Blutentnahme zu verstehen sind, oder die zulässigen körperlichen Eingriffe werden - wie dies mit der Blutentnahme bereits geschehen ist - im einzelnen aufgezählt. Nachdem sich in der Praxis der forensischen Begutachtung eine bestimmte Anzahl körperlicher Eingriffe herausgebildet hat, erscheint es unproblematisch, die zulässigen Eingriffe im Gesetz abschliessend zu nennen, wobei die Eingriffe sich nach dem derzeitigen Stand ohnehin auf die Blutentnahme, die Magenausheberung, die Röntgenuntersuchung, die Hirnstromuntersuchung, die Szintigraphie, die Computertomographie, die Lokalanästhesie sowie

1 Klug, aaO, S. F 67/68, 1. Sp., These 3

2 Gedanke auch bei Kuhlmann, NJW 1976, S. 350

auf die Untersuchung am Körper und in den natürlichen Körperöffnungen unter Zuhilfenahme medizinischer Instrumente beschränken muss.

De lege ferenda wäre damit an folgende Formulierung des § 81 a StPO zu denken:

(1.)

Eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck sind, soweit andere Ermittlungsmöglichkeiten nicht in Betracht kommen, Untersuchungen am Körper und in natürlichen Körperöffnungen, die Entnahme von Blutproben, die Magenausheberung, die Röntgenuntersuchung, die Hirnstromuntersuchung, die Szintigraphie, die Computertomographie und die Lokalanästhesie zulässig. Die Untersuchungen dürfen ohne die Einwilligung des Beschuldigten nur von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist.

(2.)

Die Anordnung erfolgt durch den Richter. Bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung steht die Anordnung der Untersuchung am Körper und in natürlichen Körperöffnungen sowie die Entnahme von Blutproben auch der Staatsanwaltschaft und ihren Hilfsbeamten (§ 152 Gerichtsverfassungsgesetz) zu.

Soweit es sich um das Ordnungswidrigkeitenrecht handelt, kann es sicherlich bei einer grundsätzlichen Anwendung des § 81 a StPO bleiben. Die bisherige Beschränkung über die Entnahme von Blutproben hinaus auf "andere geringfügige Eingriffe" enthält von der Begriffsbestimmung des "geringfügigen Eingriffs" her aber zu viel Unsicherheit.

Wenn Rothberg¹ und Rebmann² lediglich die Encephalographie und die Lumbalpunktion nicht mehr als geringfügige Eingriffe bezeichnen, so bleibt zwischen diesen Massnahmen und der Blutentnahme ein erheblicher Freiraum, den lediglich Göhler³ durch das Verbot der Harnentnahme etwas einengt.

Auch hier sind für eine ausreichende Rechtsklarheit über die Blutentnahme hinaus die weiteren zulässigen Eingriffe aufzuzählen. Da es sich von der praktischen Notwendigkeit her vornehmlich um Untersuchungen auf die Zurechnungsfähigkeit handeln dürfte, kommen vor allen Dingen neurologische Untersuchungsmethoden in Betracht. Als im Sinne einer medizinischen Gefährlichkeit geringfügige Eingriffe bleiben dabei nur die Hirnstromuntersuchung, die Szintigraphie und die Computertomographie, wobei die beiden letzteren Massnahmen vom Aufwand und Einsatz medizinisch-technischer Geräte her⁴ mit Sicherheit keine geringfügigen Eingriffe sind. Dennoch können sie wegen des bedeutenden Erkenntniswertes auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren neben der Blutentnahme und der Hirnstromuntersuchung als zulässige Eingriffe verbleiben.

Mit einer abschliessenden Aufzählung der zulässigen Eingriffe im Gesetz würde zwar zunächst verhindert, dass neue medizinische Kenntnisse auch in die zwangsweise Untersuchung von Beschuldigten im Strafverfahren Eingang fänden, doch liesse sich ohnehin erst nach einem gewissen Zeitablauf eine endgültige Aussage darüber machen, inwieweit solche Eingriffe oder Untersuchungsmethoden zur Tatsachenfeststellung im Strafverfahren als vertretbar angesehen werden könnten. Damit aber bliebe dem Gesetzge-

1 Rothberg, Rdn. 8 zu § 46 OWiG

2 Rebmann, Rdn. 6 zu § 46 OWiG

3 Göhler, Anm. Ea zu § 46 OWiG

4 Piepgras, S. 135 ff. und S. 153 ff.

ber ausreichend Zeit, um eine entsprechende Ergänzung in das Gesetz aufzunehmen. Dieses Verfahren böte eine zusätzliche Gewähr dafür, dass neue medizinische Methoden, von deren Unbedenklichkeit zunächst ausgegangen wird, nicht vor ihrer allgemeinen Anerkennung und Verfestigung im Rahmen der Schulmedizin bei der Untersuchung im Strafverfahren Anwendung fänden.

II. KÖRPERLICHE UNTERSUCHUNGEN BEI ZEUGEN UND ANDEREN PERSONEN NACH § 81 c ABS. 2 StPO.

1. Voraussetzungen für die Zulässigkeit körperlicher Untersuchungen bei Dritten.

§ 81 c Abs.1 und Abs.2 StPO gestatten unter gewissen Voraussetzungen auch bei Zeugen die körperliche Untersuchung sowie die Entnahme von Blutproben. Kommt eine Person als Zeuge nicht in Betracht, so ist nach § 81 c Abs.2 StPO eine körperliche Untersuchung nur zur Feststellung der Abstammung zulässig; die Entnahme einer Blutprobe ist allerdings auch hier möglich.

Während vom Wortlaut her die körperliche Untersuchung als solche Eingriffe in die Körperintegrität nicht ausschliesst, ergibt sich - abgesehen von der Blutentnahme - die Unzulässigkeit körperlicher Eingriffe aus der gesetzlichen Formulierung dadurch, dass sich die Untersuchung nur auf Spuren oder Folgen einer strafbaren Handlung am Körper erstrecken darf. Das Gesetz ist soweit klar; Zweckmässigkeitstendenzen und Abgrenzungsschwierigkeiten sind nicht geeignet, eine über den Wortlaut hinausgehende Interpretation zu rechtfertigen¹. Wesentlich ist dabei nicht die

1 So allerdings Sarstedt in LR, 22.Aufl., Anm.6 zu § 81 c StPO; wieder einschränkend Meyer in LR, 23.Aufl., Rdn.19 zu § 81 c StPO; Müller, S.300 f; auch Kleinknecht, 32. Aufl., Anm.2 zu § 81 c StPO im Gegensatz zur 30.Aufl., Anm.3 zu § 81 c StPO und neuerdings wieder zur 33.Aufl., Rdn. 2 ff zu § 81 c StPO; Dzendzalowski, S.48 f. umgeht das Problem teilweise durch die engere Umschreibung des körperlichen Eingriffs (S. 35 f.)

positive Definition der körperlichen Untersuchung, sondern deren negative Abgrenzung zum körperlichen Eingriff, der beim Zeugen und anderen Personen als Beschuldigten gerade nicht erlaubt ist.

Als körperlicher Eingriff wurde jedes Eindringen in das haut- und muskelumschlossene Körperinnere oder in natürliche Körperöffnungen angesehen, aber auch solche körperlichen Untersuchungen, die nur unter Zuhilfenahme besonderer medizinischer Instrumente, Geräte oder Medikamente durchgeführt werden können (Sonden, Katheter, Röntgengeräte, Abführmittel, Brechmittel etc.)¹. Die Untersuchung dagegen bedeutet ein Besichtigen des Körpers², ein Beobachten der Beschaffenheit des Körpers; der Körper wird zum Gegenstand des Augenscheins³. So stellt sich selbst eine Untersuchung wie die Röntgenaufnahme, bei der es nicht einmal zu einer Berührung des Körpers kommen muss, als körperlicher Eingriff dar⁴. Wenn Sarstedt⁵ bei der körperlichen Untersuchung eines Zeugen von der "etwas primitiven Unterscheidung zwischen innen und aussen" spricht, so setzt er sich dabei in Widerspruch zu der von ihm selbst zu § 81 a StPO vertretenen Auffassung, wonach es wichtig ist, zwischen "körperlichen Untersuchungen" und "Eingriffen" zu unterscheiden und als ein "Eingriff alles angesehen werden (muss), was Schmerzen verursachen kann, sowie alles,

1 Vgl. S. 7

2 Eb.Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl.6 zu § 81 c StPO

3 Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 1 zu § 81 a StPO

4 Müller-Sax, KMR, Anm.2 c zu § 81 c StPO; Kleinknecht, 30.Aufl., Anm.3 zu § 81 c StPO; widersprüchlich Kleinknecht, 33.Aufl., Rdn.6 zu § 81 a und Rdn.3 zu § 81 c StPO; Meyer in LR, 23.Aufl., Rdn.19 zu § 81 c StPO

5 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.6 zu § 81 c StPO

wozu ärztliche Instrumente erforderlich sind"¹. Die Abgrenzung gewinnt aber für § 81 c StPO gleiche Bedeutung, denn hier spricht das Gesetz nur davon, dass Personen "untersucht" werden dürfen. Dies hat zwar zur Folge, dass unter Umständen für die Aufklärung einer Straftat wünschenswerte Feststellungen unterbleiben müssen, doch ist dabei immer zu bedenken, dass es sich um prozessuale Zwangsmassnahmen handelt, deren Anwendung, insbesondere Dritten gegenüber, einer restriktiven Interpretation² bedarf, wobei nicht erst die Frage der Zumutbarkeit eine untere Grenze bedeutet³.

Da die einfache körperliche Untersuchung eines Zeugen nach dem Spurengrundsatz dessen Persönlichkeitssphäre nicht übermässig tangiert, kommt allenfalls im Zusammenhang mit dem Grad der Notwendigkeit der Massnahme für die Wahrheitsforschung eine grosszügigere Handhabung in Frage. Die Spur oder die Tatfolge muss zwar ausreichend konkretisiert sein, doch braucht die Untersuchung nicht den "letzten Ausweg" darzustellen⁴.

Dies erklärt sich auch daraus, dass der Gesetzgeber die sich auch auf den Zeugen erstreckende Duldungspflicht hinsichtlich der Abstammungsuntersuchung und der Blut-

1 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm. 3 zu § 81 a StPO

2 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm. 2 zu § 81 c StPO kann dabei nicht gefolgt werden, denn allein die Gefahr, dass die Untersuchungsbeamten "auf nicht ganz einwandfreie Art eine Einwilligung nahelegen", spricht nicht gegen eine restriktive Auslegung

3 So auch Dzendzalowski, S. 31 f.

4 Wie hier Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 17 zu § 81 c StPO; a.A. Geerds, GA 1965, S. 321 (324); Tillmann in LR, 20. Aufl., Anm. 5 b zu § 81 c StPO; auch nach Dzendzalowski, S. 26 f. ist eine extensive Auslegung ausgeschlossen, doch sieht er offensichtlich die Untersuchung - nicht einmal im Falle des § 81 c StPO Abs. 2 - als letztes Mittel an (S. 27 a.E. und S. 97 f.)

entnahme (denn auch der Zeuge ist eine "andere Person als der Beschuldigte") in § 81 c Abs.2 StPO gesondert geregelt hat. Für den Zeugen wird hier ebenfalls vom "Spurengrundsatz" auf den "Aufklärungsgrundsatz"¹ übergegangen; die Anforderungen an die Zulässigkeit werden jedoch dadurch verschärft, dass die Massnahme zur Erforschung der Wahrheit unerlässlich sein muss. Diese strengen Anforderungen gelten nicht nur für die Abstammungsuntersuchung, sondern auch für die Blutentnahme². Die Blutentnahme stellt eben einen körperlichen Eingriff dar und sollte damit in bezug auf eine Beeinträchtigung des Betroffenen - und sei es auch nur in psychischer Hinsicht - nicht bagatellisiert werden³.

2. Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung und Blutentnahme.

Während bei Zeugen nach § 81 c Abs.1 in Verbindung mit Abs.2 StPO die allgemeine körperliche Untersuchung, die Abstammungsuntersuchung (nach dem Wortlaut zunächst auch dann, wenn diese mit Eingriffen, die über die Blutentnahme hinausgehen, verbunden ist) und der körperliche

1 Dünnebier, GA 1953, S. 65 (66) m.Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte in Fussn.13; a.A. Peters, S.276, der noch im Sinne der früheren gesetzlichen Regelung auch eine Blutentnahme nicht für zulässig hält, soweit diese nicht der Feststellung einer bestimmten Spur oder Folge einer strafbaren Handlung am Körper des Betroffenen diene. Durch die Streichung der Worte "zu dem in Abs.1 bezeichneten Zweck" durch das Strafrechtsbereinigungsgesetz vom 7.8.1953 (BGBl. I, S.455) ist eine klare Stellungnahme vom Gesetzgeber erfolgt, so dass die Auffassung von Peters nicht mehr haltbar ist

2 Müller-Sax, KMR, Anm.4 b zu § 81 c StPO; OLG Saarbrücken, Ehe und Familie 1959, S. 35

3 So Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.12 b zu § 81 c StPO

Eingriff in Form der Blutentnahme zulässig sind, scheidet bei nicht als Zeugen in Betracht kommenden Personen die einfache körperliche Untersuchung aus, soweit diese nicht zur Feststellung der Abstammung vorgenommen wird. Dagegen kommt nach § 81 c Abs. 2 StPO auch bei Dritten die Entnahme einer Blutprobe in Betracht. Von der Abstammungsuntersuchung abgesehen, ist die weniger einschneidende einfache Untersuchung verboten, während die Blutentnahme zulässig bleibt. Darin liegt dogmatisch gesehen ein Bruch, der sich nur durch die Forderungen der Praxis erklären lässt. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass auch hier die Blutentnahme sowie die Abstammungsuntersuchungen nur unter der engen Voraussetzung der Unverzichtbarkeit für die Wahrheitserforschung zulässig sind.

Die Zulässigkeit der Blutentnahme bei Dritten folgt wohl im wesentlichen daraus, dass ohne diese eine Untersuchung der Abstammung nach den bisher gängigen Blutgruppengutachten ausscheiden müsste¹. Dabei ist zunächst darauf abzuheben, dass trotz des etwas unklaren Gesetzeswortlautes nicht nur eine Untersuchung der Person, deren Abstammung festgestellt werden soll, in Betracht kommt, sondern dass in diesem spezifischen Zusammenhang auch andere Personen

1 Die Äusserung Eb. Schmidt's, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 20 zu § 81 c StPO, dass mit den Massnahmen zur Feststellung der Abstammung immer auch die Blutentnahme verbunden ist, trifft zwar im allgemeinen zu, ist aber in dieser Form mindestens missverständlich, da die Blutentnahme mit der Anordnung der Abstammungsuntersuchung nicht automatisch zulässig wird (sonst müssten auch alle anderen Eingriffe im Zusammenhang mit der Abstammungsuntersuchung ohne weitere Anordnung zulässig sein)

untersucht werden dürfen (Mutter, mehrere Eventualtäter)¹.

Bereits aus der Tatsache, dass die Blutentnahme besonders erwähnt ist, folgt zwangsläufig, dass darüber hinausgehende körperliche Eingriffe bei Massnahmen zur Feststellung der Abstammung gegen den Willen des Betroffenen nicht erlaubt sind. Dies verkennt Eberhard Schmidt², wenn er die Untersuchung zur Feststellung der Abstammung für den Betroffenen als weit gravierender als die Blutentnahme ansieht und dabei Untersuchungen auf die Empfängnisfähigkeit, die Zeugungsfähigkeit, Tragzeitgutachten und genetische Wirbelsäulenuntersuchungen aufzählt. Auch Müller-Sax³ kann insoweit nicht gefolgt werden, als alle begrifflich mit einer wissenschaftlich vollwertigen Abstammungsuntersuchung verbundenen Eingriffe auch ohne Billigung als zulässig angesehen werden. Dies würde bedeuten, dass Dritte - im Gegensatz zu Zeugen - über die Blutentnahme hinausgehende körperliche Eingriffe zu dulden hätten. Eine solche Auslegung hätte weiter zur Folge, dass mit einer undifferenzierten Anordnung einer Abstammungsuntersuchung Dritte selbst gravierenderen Eingriffen als Beschuldigte nach § 81 a StPO ausgesetzt wären. Da eine Differenzierung nach der Schwere des Eingriffs aus dogmatischen Gründen ebenfalls nicht in Betracht kommt, scheiden de lege lata diejenigen Untersuchungsmethoden aus, die im Einzelfall nur in Verbindung mit körperlichen Eingriffen durchgeführt werden können. Allen anerkannten Untersuchungsmethoden steht aber - abgesehen von der Frage der

1 Müller-Sax, KMR, Anm. 4 d zu § 81 c StPO

2 Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 20 zu § 81 c StPO

3 Müller-Sax, KMR, Anm. 4 d zu § 81 c StPO

Zumutbarkeit - solange nichts im Wege, als sie nicht mit körperlichen Eingriffen verbunden sind¹.

3. Die Zulässigkeit der einzelnen Abstammungs- untersuchungen.

Für die Feststellung der Abstammung kommen heute im wesentlichen die Blutgruppengutachten, das serostatistische Verfahren, das erbbiologische Gutachten, sowie das Tragzeitgutachten in Frage². Die Blutgruppengutachten und dementsprechend auch das serostatistische Verfahren machen eine Blutentnahme erforderlich, für deren Zulässigkeit § 81 c Abs.2 StPO gerade die Voraussetzungen schafft. Auch bei dem erbbiologischen Gutachten muss es nicht zu einer Kollision mit § 81 c StPO kommen. Grundsätzlich zielt das erbbiologische Gutachten darauf ab, den Abstammungsbeweis durch einen Vergleich äusserer Merkmale zu führen, die im Erbgang hinreichend gesichert sind. Damit im Zusammenhang stehende Messungen und Untersuchungen stellen sich nicht als körperliche Eingriffe dar.

Neben der Beurteilung von Tragzeit und Reifegrad des Kindes erfordert das Tragzeitgutachten als fortpflanzungsphysiologische Methode³ die Beurteilung der Konzeptionsmöglichkeit bei den gegebenen Zyklusverhältnissen der

1 Auch nach Dzendzalowski, S. 27, Fussn. 87 beschränkt sich die Abstammungsuntersuchung - von der Blutprobe abgesehen- auf ein Beobachten, Messen, Fotografieren etc., also auf einfache körperliche Untersuchungen

2 Vgl. Beitzke in Ponsold, S. 568 (572 ff.)

3 Kühne, Handbuch f.d.Vormund 1959, Heft 10 c, S.30

Kindesmutter¹. Da es beim Tragzeitgutachten um die Beurteilung der Konzeptionsmöglichkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt geht, sollten bei begründeten Zweifeln vor allen anderen mit dem Tragzeitgutachten in Zusammenhang stehenden schwierigen Untersuchungen zunächst Bedenken hinsichtlich der Zeugungsfähigkeit des Mannes ausgeschaltet werden². Da sämtliche Untersuchungsmethoden auf die potentia generandi aber bereits beim Beschuldigten im Zusammenhang mit § 81 a StPO ausscheiden³, kommt eine solche Untersuchung im Rahmen des § 81 c StPO auf keinen Fall in Betracht.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass unter den Voraussetzungen des § 81 c Abs. 2 StPO im wesentlichen die Blutgruppengutachten, das serostatistische Verfahren und die erbbiologischen Gutachten - soweit diese sich nicht der Wirbelsäulenmethode der Abstammungsprüfung nach Kühne⁴ bedienen - in Betracht kommen. Bei der Zulässigkeit von Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung ist daher besonders nach den einzelnen Methoden zu differenzieren, wobei die Erstellung eines Tragzeitgutachtens in der hier beschriebenen Form nicht zulässig ist.

1 Stegmann in Ponsold, S. 509

2 Stegmann in Ponsold, S. 509

3 Vgl. oben S. 85

4 Kühne, Handb. f. d. Vormund 1959, Heft 10 c; nach Schade in Beitzke, Hosemann u.a., S. 153 wird die Methode wegen der Schwierigkeit der Durchführung und der Unsicherheit der Ergebnisse nicht mehr angewendet

B. DIE PROZESSUALE STELLUNG DES ARZTES IM RAHMEN DER BEWEISERHEBUNG.

I. ARZT UND STRAFPROZESSORDNUNG.

Während bisher aus rechtlicher Sicht unter Beschreibung der einzelnen Eingriffe Umfang und Grenzen der körperlichen Eingriffe im Strafverfahren dargelegt wurden, um damit die Bedeutung, die dem Arzt bei derartigen Massnahmen unter rechtsstaatlichen Aspekten zukommt, hervorzuheben, geht es im folgenden darum, die prozessuale Stellung des Arztes näher zu untersuchen. An Hand der §§ 81 a und c StPO wurde bereits ausführlich erläutert, dass die Strafprozessordnung hier zwingend die Zuziehung eines Arztes verlangt. Aber auch die Leichenöffnung nach § 87 Abs.2 StPO darf nur von zwei Ärzten vorgenommen werden. Dazu kommt die vielfältige Tätigkeit im Strafprozess als Sachverständiger. In Fällen wie dem § 80 a StPO ist in der Regel¹ der Arzt der richtige Sachverständige für die Vorbereitung des Gutachtens, während der § 246 a StPO sogar vorschreibt, einen Arzt als Sachverständigen zu vernehmen. Neben diesen besonderen ärztlichen Pflichten im Strafprozess bleibt die allgemeine Zeugenpflicht des Arztes gerade im Hinblick auf Wahrnehmung aus seiner beruflichen Sphäre. In all diesen unterschiedlich gelagerten Fällen ist es bedeutsam, die prozessuale Stellung des Arztes zu erfassen und das Ergebnis der ärztlichen Tätigkeit bzw. die Aus-

¹ Kleinknecht, 33.Aufl., Rdn.2 zu § 80 a StPO

sage des Arztes in der prozessual richtigen Form in die Hauptverhandlung einzuführen.

II. DIE BEWEISMITTEL DER STRAFPROZESSORDNUNG.

Als Beweismittel nennt die Strafprozessordnung Zeugen (§§ 48 ff.), Sachverständige und Augenschein (§§ 72 ff.) sowie Urkunden (§§ 249 ff.). Daneben zählt auch die Aussage des Angeklagten zu den Beweismitteln¹, obgleich diese nach § 244 Abs.1 StPO nicht zur Beweisaufnahme im prozesstechnischen Sinne gehört. Nachdem die Strafprozessordnung nur diese Beweismittel erwähnt, müsste im Grunde von einem geschlossenen Kreis der Beweismittel ausgegangen werden². Bereits Eb.Schmidt, einer der stärksten Verfechter der Lehre vom *numerus clausus* der Beweismittel ordnet in diesen "erschöpfenden Katalog"³ auch den "Augenscheinsgehilfen oder Beweismittler" ein, eine Tatsache, die gerade Anlass zu Zweifeln an der Richtigkeit dieser Meinung ergibt, zumal die Strafprozessordnung selbst die Eingriffe

1 Eb. Schmidt, Teil II, Vorbem.8 vor §§ 244 - 256 StPO; Kleinknecht, 33. Aufl., Einl. Rdn. 49

2 So Gerland, S. 195; Spendel, JuS 1964, S. 468; Eb. Schmidt, Teil II, Erl. 21 zu § 86 StPO; Vorbem. 4 vor §§ 244 - 256 StPO; JZ 1956, S. 206 (207), Fussn. 16; Kleinknecht, 33. Aufl., Einl. Rdn.49; nicht ganz eindeutig Müller-Sax, KMR, Anm.1 (3) d vor § 48 StPO; a.A. mindestens dem Wortlaut nach RGSt 36, 55 (56); 47, 235 (236); Dallinger, MDR 1956, S. 143 (145 f.)

3 Eb. Schmidt, Teil II, Vorbem. 4 - 8 vor §§ 244 - 256 StPO

nirgends erwähnt. Allerdings wirft Eb. Schmidt dann doch die Frage auf, wie der Augenscheinsgehilfe zu behandeln sei, ob als Zeuge oder als Sachverständiger¹ und reduziert damit wieder den Kreis der Beweismittel auf die von der Strafprozessordnung genannten Fälle.

Folgt man der Lehre vom numerus clausus der Beweismittel, so hat dies zur Folge, dass Untersuchungsergebnisse oder Aussagen des Arztes nur über eines dieser Beweismittel Eingang in das Strafverfahren finden können. Ein Untersuchungsergebnis oder -befund könnte als sachliches Beweismittel je nach Lage des Falles über den Augenscheins- oder Urkundenbeweis, die Aussage des Arztes als persönliches Beweismittel - also als Zeugen- oder Sachverständigenaussage - in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Eine andere Möglichkeit müsste danach ausscheiden.

Vor einer abschliessenden Stellungnahme muss der Fragenkreis zum numerus clausus der Beweismittel näher überprüft werden. Dabei besteht zunächst der Eindruck, als beruhe der Streit um einen geschlossenen Kreis von Beweismitteln auf einem unterschiedlichen Gebrauch des Begriffes "Beweismittel".

1 Eb. Schmidt, Teil II, Vorbem. 2o zum 1. Buch, 7. Abschn. vor §§ 72 ff. StPO
Ähnlich auch Schmidhäuser, ZZP Bd. 72 (1959), S. 365 (397), der mit der Definition, dass "Augenscheinsgehilfe die ohne besondere Sachkunde aussagende ersetzbare Beweisperson ist", eigentlich ein weiteres Beweismittel anerkennt, was aber offensichtlich nicht in seiner Absicht liegt, denn die Figur des Augenscheinsgehilfen existiert danach nur im Rahmen der Sachverhaltsermittlung, in der Hauptverhandlung ist der Augenscheinsgehilfe entweder Zeuge oder Sachverständiger

Die Strafprozessordnung nennt als förmliche Beweismittel¹ Zeugen, Sachverständige, Augenscheinsobjekte und Urkunden. Insoweit kann Eb. Schmidt² bedenkenlos gefolgt werden, wenn er davon ausgeht, dass die Strafprozessordnung bei der Frage des "Beweisens" - von der Aussage des Angeklagten einmal abgesehen - Regelungen nur hinsichtlich dieser förmlichen Beweismittel aufstellt.

Materiell betrachtet sind diese Beweismittel ohne Bedeutung; sie dienen vielmehr nur dazu, den tatsächlichen Beurteilungsstoff für die Entscheidung über die Beweisfrage, also die materiellen Beweismittel, auf einem justizförmigen (prozessual zulässigem) Weg in das Verfahren einzuführen. Auch die Strafprozessordnung verwendet den Begriff des Beweismittels in unterschiedlicher Bedeutung. So spricht § 102 StPO vom "Auffinden von Beweismitteln" und meint damit den tatsächlichen Beurteilungsstoff für die Entscheidung, also im weitesten Sinne verfahrenserhebliche Tatsachen. Dabei kann die Durchsuchung zur Auffindung materieller Beweismittel in Anwesenheit eines Richters, also im Wege des förmlichen Beweismittels "Augenscheinseinnahme", erfolgen. Demgegenüber bezieht sich der in § 244 Abs.2 StPO verwendete Begriff "Beweismittel" auf die förmlichen Beweismittel der Strafprozessordnung, was sich daraus ergibt, dass sich nach dieser Bestimmung die Beweisaufnahme auf Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, unter Tatsachen aber gerade die materiellen Beweismittel zu verstehen sind. Soweit es um "materielle Beweismittel",

1 Begriff bei Müller-Sax, KMR, Anm. 1 (3) d vor § 48 StPO
2 Eb. Schmidt, Teil II, Vorbem. 4 vor §§ 244 - 256 StPO

also um Tatsachen, die für das Verfahren von Bedeutung sind, geht, ist der Formulierung des Reichsgerichtes, dass die Strafprozessordnung keinen geschlossenen Kreis von Beweismittel kenne¹, sondern dem Richter in der Heranziehung und Bewertung geeigneter Erkenntnisquellen den denkbar weitesten Spielraum eröffne², zuzustimmen.

Die eigentliche Problematik liegt vielmehr bei der Frage, welche Regelungen der Strafprozessordnung über "förmliche Beweismittel" auf die Einführung der einzelnen "materiellen Beweismittel" in das Strafverfahren Anwendung finden. Inhaltlich geht die Diskussion um den geschlossenen Kreis der Beweismittel³, also weniger darum, ob es neben den hier von der Strafprozessordnung genannten "förmlichen Beweismitteln" noch weitere (förmliche) Beweismittel gibt⁴, als um die Frage einer prozessual ordnungsgemässen Verwertung solcher beweiserheblicher Tatsachen⁵ (etwa das Tonband als Urkunde oder Augenscheinsobjekt oder den Augenscheinsgehilfen als Zeugen oder Sachverständigen). Hier nämlich ergeben sich im Einzelfall unterschiedliche Aussagen zum "Beweiswert" des einzelnen materiellen Beweismittels. Eb. Schmidt's Anmerkung⁶, andere (als die in der Strafprozessordnung genannten) Beweismittel könnten zweckmässig erscheinen, bekommt inhaltlich dann die Bedeutung,

1 RGSt 36, 55 (56); 47, 235 (236)

2 RGSt 36, 55 (56)

3 Vgl. Anm. 2 auf S. 111

4 Insoweit die Formulierung von RGSt 36, 55 (56) im Wortlaut nicht eindeutig

5 So will sowohl RGSt 36, 55 (56 f.) als auch RGSt 47, 235 (236 f.) seine Äusserungen, dass es keinen geschlossenen Kreis von Beweismitteln gebe, offensichtlich verstanden wissen.

6 Eb. Schmidt, Teil II, Vorbem. 4 vor §§ 244 - 256 StPO

dass es etwa wünschenswert sein könnte, eine Tonbandaufnahme wie eine Zeugenaussage (und nicht nur wie ein Augenscheinsobjekt¹) zu behandeln; damit aber würde die Wahrheitserforschung nicht mehr auf dem von der Strafprozessordnung vorgeschriebenen Weg erfolgen, was zunächst kein Verwertungsverbot für das materielle Beweismittel "Tonbandaufnahme" bedeutet, wohl aber ein Verbot, die Aufnahme wie einen Zeugenbeweis (gewissermassen als mechanischer Zeuge, dessen Aussagewert dem menschlichen Zeugen gleichgestellt wird) zu behandeln. Insoweit erlangt die Kritik Eb. Schmidt's an der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 12.3.1954² allgemeine Bedeutung, als es der BGH bei der Frage der Verwertung von Tonbandaufnahmen versäumt hat, sich dazu zu äussern, was für ein (förmliches) Beweismittel die Vorführung des Tonbandes darstellt. Gerade daran wird aber deutlich, dass sich die Diskussion immer um die Problematik dreht, wie ein "materielles Beweismittel" prozessrechtlich zu behandeln ist, d.h. welche von der Strafprozessordnung vorgegebenen Regelungen im Einzelfall Anwendung finden.

So betrachtet ist in der Tat jedes materielle Beweismittel einer der Regeln der Strafprozessordnung über förmliche Beweismittel zu unterwerfen, doch hat dies nichts mehr mit einem numerus clausus der Beweismittel zu tun, sondern

1 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 29 zu § 86 StPO

2 Eb.Schmidt, JZ 1956, S. 206; Entscheidung des BGH nur sehr unvollständig abgedruckt in JZ 1956, S. 227

damit, dass eben nur geltende Normen der Strafprozessordnung im Strafverfahren zum Tragen kommen können, wenn ein justizförmiges Verfahren gewährleistet werden soll. Erst wenn es darum geht, zu beurteilen, welche Normen dies im Einzelfall sein müssen, kann daher eine rechtlich zulässige Argumentation ansetzen.

Soweit also ein Arzt am Strafverfahren im Rahmen der Wahrheitserforschung beteiligt ist, finden auf ihn als persönliches Beweismittel die Regelungen der Strafprozessordnung über den Zeugen- bzw. den Sachverständigenbeweis Anwendung.

III. DER ARZT ALS ZEUGE ODER SACHVERSTÄNDIGER.

1. Der Arzt als Zeuge bzw. als sachverständiger Zeuge.

Der Arzt unterliegt wie jede andere Person auch hinsichtlich der spezifischen beruflichen Tätigkeit der allgemeinen Zeugenpflicht. Wie bei jedem Zeugen ist auch bei einem Arzt die Zeugenaussage zunächst von den besonderen persönlichen Eigenschaften geprägt, die teilweise allerdings durch die berufliche Bildung bestimmt werden¹. Der Arzt wird daher bei seiner Vernehmung vielfach als eine sachkundige Person anzusehen sein, die über vergangene Tatsachen oder Zustände berichtet, zu deren Wahrnehmung

¹ Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 1 vor § 48 StPO

eine besondere Sachkunde erforderlich war. Er wird also in der Regel als sachverständiger Zeuge fungieren, wobei nach § 85 StPO die Vorschriften über den Zeugenbeweis in vollem Umfang Anwendung finden. Das Gesetz bringt insoweit lediglich eine Klarstellung, ohne damit neben dem Zeugen und dem Sachverständigen ein weiteres besonderes Beweismittel, den sachverständigen Zeugen zu schaffen. Es wird nur die Unterscheidung zwischen dem Sachverständigen einerseits und dem Zeugen (sachverständigen Zeugen) andererseits verdeutlicht¹, wobei die Regelung des § 85 StPO allerdings eher geeignet ist, diese Abgrenzung zu erschweren². Begrifflich bedeutet es nämlich keinen Unterschied, ob die wahrnehmende Person nur die allgemeine Wahrnehmungsfähigkeit besitzt, oder ob die Wahrnehmung aufgrund besonderer - etwa beruflicher Fähigkeiten - gemacht werden konnte, also eine spezielle Sachkunde erforderte³. Der sachverständige Zeuge unterscheidet sich daher bei kritischer Betrachtung in nichts von allen anderen Zeugen⁴.

Erst durch die Aufnahme des Arztes in den Kreis zeugnisverweigerungsberechtigter Personen nach § 53 Abs.1 Nr.3 StPO erfährt die allgemeine Zeugenpflicht eine Einschränkung.

1 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 3 ff. zu § 85 StPO

2 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 2 zu § 85 StPO; Geerds, Arch. f. Krim. Bd. 137, (1967), S. 61 sieht die gesetzliche Regelung als wenig glücklich an; Hanack, Anm. zu BGH JR 1966, S. 424, ebda. S. 425 (427)

3 Henkel, S. 200

4 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 12 zu § 85 StPO; Eb. Schmidt, Teil II, Vorb. 12 zum 1. Buch, 7. Abschn., (vor §§ 72 ff. StPO) m.w.Nachw.

Der Arzt mag damit in der Praxis vielfach als Beweismittel ausscheiden, da er meist schon im Hinblick auf eine mögliche strafrechtliche Sanktion¹ bei fehlender Entbindung von der Schweigepflicht von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen wird; doch unterliegt er bei der Entbindung von der Schweigepflicht wieder der allgemeinen Aussagepflicht.

Auf die schwierige und in der Literatur² ausführlich diskutierte Frage, inwieweit ein Arzt auch bei Verletzung der Schweigepflicht noch ordnungsgemäss als Zeuge auftreten und seine Aussage Verwendung finden kann, soll in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden. Es hat sich jedoch gezeigt, dass diese bei den übrigen in § 53 Abs.1 Nr. 2 und 3 StPO genannten Berufsgruppen gleichermaßen auftretende Problematik im wesentlichen im ärztlichen Bereich erörtert wird und die hierzu von Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen damit allgemeine Bedeutung erlangt³ haben. Gerade diese Tatsache wirft ein bezeichnendes Licht auf die zentrale Stellung, die dem Arzt in weiten Bereichen des Strafverfahrensrechts zukommt.

1 Eb. Schmidt, Teil II, Erl. 22 ff. zu § 53 StPO; Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 12 ff. zu § 53 StPO m.w.Nachw.

2 Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn.7 zu § 53 StPO; Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.11 zu § 53 StPO; Müller-Sax, KMR, Anm. 4 zu § 53 StPO; vgl. auch mit gutem Gesamtüberblick u.w. Nachw. Haffke, GA 1973, S. 65 ff.

3 Peters, Verh. 46. dt. Juristent., Bd. I Teil 3 A, S. 142

2. Der Arzt als Sachverständiger.

Unter den gerichtlichen Sachverständigen, deren Aufgabe darin besteht, aufgrund der durch entsprechende Ausbildung oder besonders praktische Erfahrung gewonnenen Kenntnisse und Fähigkeiten auf einem bestimmten Fachgebiet¹ dem Richter diese Erfahrungssätze zu übermitteln oder Tatsachen aufgrund solcher Erfahrungssätze zu beurteilen, nimmt der Arzt erneut eine besondere Stellung ein. In Grenzfällen ist vielfach nur der Arzt in der Lage, dem Gericht ausreichende Kriterien für die Beurteilung der Schuldfähigkeit eines Angeklagten zu vermitteln. Aber auch im Bereich der Tatsachenfeststellung sind bestimmte Massnahmen wie etwa der körperliche Eingriff bereits kraft Gesetzes ausschliesslich dem Arzt zugewiesen, wobei der Arzt seinerseits dem Gericht die Tatsachen beschafft und diese darüber hinaus in der Funktion als Sachverständiger aufgrund der Erfahrungssätze beurteilt.

Dies bedeutet, dass die Beweisführung zwar mittels Sachverständigengutachten erfolgt, Gegenstand und Grundlage des Gutachtens aber vielfach gerade der Beschuldigte selbst ist. Unter Berücksichtigung dieser komplexen Situation wird die besondere rechtliche Problematik bei der Einordnung des Arztes als Zeuge oder Sachverständiger deutlich.

¹ Jessnitzer, S. 21

IV. RECHTSFOLGEN AUS DER ZEUGEN- BZW. SACHVERSTÄNDIGEN- STELLUNG DES ARZTES.

Ob der Arzt im Strafverfahren die Stellung eines Zeugen oder eines Sachverständigen einnimmt, ist in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung. Zwar handelt es sich bei einem Zeugen sowie bei einem Sachverständigen um sog. persönliche Beweismittel, die durch ihre Aussage in Funktion treten, doch finden nach dem Gesetz zum Teil unterschiedliche Bestimmungen Anwendung. Damit kann die fehlerhafte Einordnung einer Beweisperson einen Revisionsgrund darstellen¹.

Es ergeben sich damit sowohl für den Beschuldigten und die Staatsanwaltschaft als auch für den Richter und die Beweisperson selbst unterschiedliche Konsequenzen je nach Einordnung der Beweisperson als Zeugen oder Sachverständigen. Der bedeutsamste Unterschied für den Beschuldigten (auch eventuell für die Staatsanwaltschaft) liegt in der Tatsache, dass nach § 74 StPO der Sachverständige unter bestimmten Voraussetzungen abgelehnt werden kann, während die Ablehnung eines Zeugen in keinem Fall in Betracht kommt. Für den Richter wiederum besteht im Rahmen der Beweisaufnahme die Möglichkeit, einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Sachverständigen aus anderen Gründen als einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen abzulehnen (§ 244 Abs.3 und 4 StPO).

¹ Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.3 vor § 72 StPO;
Eb. Schmidt, Teil II, Erl. 2 zu § 85 StPO

Auch für den Arzt selbst ist es darüber hinaus nicht ohne Belang, ob er die Stellung eines Zeugen oder Sachverständigen einnimmt¹. Als Zeuge ist er grundsätzlich zum Erscheinen und zur Aussage verpflichtet², während er als Sachverständiger auch aus anderen Gründen als denen, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigen, von seiner Verpflichtung zur Erstattung des Gutachtens entbunden werden kann (§ 76 Abs.1 Satz 2 StPO). Darüber hinaus kann dem Arzt nach § 80 StPO Aufklärung verschafft, die Akteneinsicht, die Anwesenheit bei Verhandlungen und das Stellen einzelner Fragen an Zeugen und Beschuldigte gestattet werden. Nicht zuletzt ist auch die Frage der Entschädigung für den Sachverständigen günstiger als für den Zeugen.

Gerade wegen der verfahrensrechtlich unterschiedlichen Behandlung von Zeugen und Sachverständigen ist es wesentlich, eine Beweisperson rechtlich fehlerfrei als Zeugen oder als Sachverständigen zu vernehmen. Dabei kann es durchaus vorkommen, dass eine Beweisperson zugleich Zeuge und Sachverständiger ist³, so etwa der Zeuge, der aufgefordert wird, einen zufällig beobachteten Vorgang nunmehr unter Berücksichtigung weiterer Tatsachen zu begutachten, oder der Sachverständige, der über Tatsachen aussagt, die ausserhalb des eigentlichen Gutachtens gelegen

1 Allerdings nicht aus Prestigegründen, wie Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.5 vor § 72 StPO unter Hinweis auf Lange-lüddeke, S. 14 zu Recht bemerkt

2 Ausgenommen bei Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsrechts, aber selbst dann bleibt die Erscheinungspflicht weiter bestehen; vgl. Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn.7 zu § 51 StPO; Eb. Schmidt, Teil II, Erl. 3zu § 51 StPO; Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.10 zu § 51 StPO; Müller-Sax, KMR, Anm.4 zu § 51 StPO

3 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 3 zu § 85 StPO; Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn.11 vor § 72 StPO

haben. So wird im ersten Fall der Zeuge schliesslich zum Sachverständigen, während im zweiten Fall diese Tatsachen nur über die Zeugenaussage in das Verfahren einfließen können¹. Andererseits kann ein abgelehnter Sachverständiger nicht als Zeuge zu den Schlussfolgerungen gehört werden, die er aus bestimmten Tatsachen aufgrund seiner Sachkunde gezogen hat, wohl aber kann er als Zeuge oder sogar als sachverständiger Zeuge über die reinen Tatsachen aussagen, die ihm bei Durchführung des erteilten Auftrages bekannt geworden sind².

Zwar gibt es genügend Fälle, in denen auf den Arzt ganz eindeutig die Regeln über den Zeugen oder den Sachverständigenbeweis Anwendung finden, doch wirft für weite Bereiche wie etwa die Sicherung von Beweismaterial, das später von einem Dritten begutachtet wird, die Untersuchung nach § 81 d StPO, die Leichenschau und die Leichenöffnung die entsprechende Zuordnung der ärztlichen Tätigkeit erhebliche Probleme auf. Dem Arzt kommen dabei - wie keiner anderen Beweisperson - für bestimmte Sachgebiete spezifische Funktionen zu, die in der Strafprozessordnung ihren Niederschlag gefunden haben.

1 BGHSt 13,1(3), 250 (252); 22, 268 (271); Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.1 zu §85 StPO; Eb.Schmidt, Teil II, Vorb. 15 zum 1. Buch, 7. Abschn. (vor §§ 72 ff. StPO); Jessnitzner, S. 209 f.; Henkel, S. 218; Müller-Sax, KMR, Vorb. 2 zu § 72 StPO; Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn.11 vor § 72 StPO

2 BGHSt 20, 222 (224) mit im wesentlichen zustimmender Anmerkung von Kohlhaas LM Nr.1 zu § 85 StPO; allerdings ablehnend Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.4 zu § 85 StPO, nach dessen Auffassung der abgelehnte Sachverständige als Zeuge nur über Tatsachen vernommen werden darf, die ausserhalb des eigentlichen Gutachtenauftrages gelegen haben

V. DIE ANWENDUNG DER ZEUGEN-BZW. SACHVERSTÄNDIGEN-BESTIMMUNGEN AUF DEN ARZT.

1. Allgemeine Abgrenzungskriterien.

"Die Unterscheidung zwischen Sachverständigen und Zeugen hat viel Kopfzerbrechen und Streit verursacht"¹. Das Gesetz selbst gibt keine Definition, was unter einem Zeugen bzw. unter einem Sachverständigen zu verstehen ist. Zwar ist der Zeugenbegriff schon deshalb der umfassendere², weil nach § 72 StPO auf die Sachverständigen im wesentlichen die Bestimmungen über den Zeugen entsprechend anzuwenden sind, doch ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und der Formulierung des Gesetzes zunächst eher verständlich, wer die Stellung eines Sachverständigen einnimmt. Das Gesetz geht in mehreren Bestimmungen (§§ 75, 80 Abs.1, 80 a , 83 Abs.1 StPO) davon aus, dass es Aufgabe eines Sachverständigen ist, Gutachten zu erstatten, d.h. auf Grund entsprechen der Ausbildung oder besonderer praktischer Erfahrung gewonnene Kenntnisse und Fähigkeiten auf einem bestimmten Fachgebiet dem Richter zu übermitteln oder Tatsachen auf Grund solcher Erfahrungssätze zu beurteilen³. Da § 69 StPO (zusammenhängende Darstellung von dem Gegenstand der Vernehmung) und § 85 StPO (Beweise vergangener Tatsachen oder Zustände) aus sich heraus kaum darüber aussagekräftig sind, wer als

1 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.3 vor § 72 StPO

2 Kohlhaas in LR, 22. Aufl., Anm.1 vor § 48 StPO

3 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.3 zu § 85 StPO; Müller-Sax, KMR, Vorbem. 1 zu § 72 StPO; Eb. Schmidt, Teil II, Vorbem. 17 zum 7. Abschn. vor § 72 StPO

Zeuge anzusehen ist, bleiben Zeugen alle Beweispersonen, deren Aufgabe nicht in einer Begutachtung auf Grund besonderer Sachkunde besteht. Damit lassen sich zwar die eindeutigen, nicht aber die problematischen Fälle voneinander abgrenzen.

Es sind zahlreiche Kriterien zusammengestellt worden¹, die allein oder in Verbindung mit anderen Gesichtspunkten eine Abgrenzung zwischen Zeugen und Sachverständigen ermöglichen sollen. Zunächst wird für die Sachverständigeneigenschaft darauf abgestellt, ob die Beweisperson über die besondere Sachkunde² verfügt, die zur Klärung der anstehenden Fragen erforderlich ist. Dies ist mit Einschränkung auch der entscheidende Aspekt, nach dem die Beweisperson durch den Auftrag des Gerichts³ als Sachverständiger in den Prozess einbezogen wird. Als Abgrenzungsmerkmal zwischen Zeugen und Sachverständigen dient aber auch der Inhalt der Bekundung, wobei der Zeuge über Tatsachen berichtet⁴ oder Untersätze liefert, während der Sachverständige Schlüsse zieht, bzw. dem Richter dafür die Sachkunde und damit den Obersatz vermittelt. Des weiteren kommt dem Zeitfaktor⁵ Bedeutung zu, soweit der Prozess als Vorgang der Lebenswirklichkeit eine zeitliche Dimension hat, der Zeuge also über vergangene, der Sachverständige über gegenwärtige Tatsachen berichtet. Die Antwort auf die Frage

1 Vgl. die umfassende Zusammenstellung bei Geerds, Arch. f. Krim. Bd. 137 (1966), S. 61 ff.

2 Geerds, a.a.O., S. 69, m.w.Nachw. in Fussn.55

3 Geerds, a.a.O., S. 69, m.w.Nachw. in Fussn.55

4 Geerds, a.a.O., S. 68, m.w.Nachw. in Fussn.47

5 Geerds, a.a.O., S. 68, m.w.Nachw. in Fussn.49

der Ersetzbarkeit¹ dient ebenfalls zur Einordnung in die Zeugen- oder Sachverständigenstellung. Schliesslich kann noch die Eigenschaft des Sachverständigen als Richtergerhilfe² für die Abgrenzung herangezogen werden.

Trotz intensiver Bemühungen ist es bisher - wie besonders Schmidhäuser³ deutlich macht - nicht gelungen, eine allgemeingültige Abgrenzung zwischen Zeugen und Sachverständigen allein mit einem der genannten Unterscheidungsmerkmale durchzuführen⁴. Dies tritt bei § 85 StPO, der Regelung über den sachverständigen Zeugen, besonders deutlich hervor, da es gerade hier notwendig wird, unterschiedliche Gesichtspunkte für die Abgrenzung heranzuziehen. Zwar sollte es die "gute Ordnung rechtswissenschaftlichen Denkens und die Leichtigkeit praktischer Rechtsanwendung verbieten, besondere Begriffe zu bilden, wo keine andere Regelung gilt als für den übergeordneten allgemeinen Begriff"⁵, doch kann deshalb die Existenz des § 85 StPO nicht ignoriert werden. Allerdings ist gerade diese Norm geeignet, die Abgrenzungsproblematik zwischen der Zeugen- und Sachverständigeneigenschaft einer Person zusätzlich zu erschweren.

1 Geerds, a.a.O., S. 69, m.w.Nachw. in Fussn.53

2 Geerds, a.a.O., S. 69 f., m.w.Nachw. in Fussn.58

3 Schmidhäuser, ZZP Bd. 72 (1959), S. 365 (367)

4 Hanack, Anmerkung zu BGH, JR 1966, S. 424, ebda.
S. 425 (427)

5 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.1 zu § 85 StPO

Zunächst ist davon auszugehen, dass jede Beweisperson spätestens in der Hauptverhandlung durch den Richter mit dem Gegenstand der Beweisaufnahme vertraut gemacht und aufgefordert wird, sich hierzu zu äussern. Insoweit liegt also immer eine "Aufforderung" des Gerichts vor, zu bestimmten Fragen Stellung zu nehmen. Die Aufforderung selbst, sich zu äussern, hat dabei für die Abgrenzung Zeuge-Sachverständiger keinerlei Bedeutung. Vielmehr kommt es - um überhaupt ein brauchbares Abgrenzungskriterium zu finden - schon darauf an, welcher Art die Äusserung, zu der die Beweisperson aufgefordert wird, sein soll. Bezieht sich die Aufforderung auf die Erstattung eines Gutachtens, so soll die Aussageperson Sachverständiger sein¹. Allerdings ist damit inhaltlich nichts darüber ausgesagt, wie eine solche Aussage beschaffen sein muss, damit sie tatsächlich ein Gutachten darstellt: Denn dass die Aufgabe eines Sachverständigen gerade in der gutachterlichen Äusserung besteht, ergibt sich bereits aus dem Gesetz².

Eine Unterscheidung zwischen Zeugen und Sachverständigen nach dem formalen Gesichtspunkt eines richterlichen Auftrags ist daher weder ein brauchbares noch ein zulässiges Kriterium. Einmal ist die Bezeichnung der Auskunftsperson in der Ladung nicht bindend³; vielmehr muss aus § 83 Abs.2 StPO sogar geschlossen werden, dass auch erst nach der Aussage die abschliessende Einordnung der Beweisper-

1 Vgl. bei Geerds, Arch. f. Krim. Bd. 137 (1966), S. 61 (69), m.w.Nachw. in Fussn. 55

2 Vgl. §§ 75, 80 Abs.1, 83 Abs.1 StPO

3 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.1 zu § 85 StPO; Müller-Sax, KMR, Anm.1 zu § 72 StPO; BGH 2 StR 213/55 vom 15.12.55, zitiert bei Müller-Sax; bindend ist die Bezeichnung in der Ladung wohl aber hinsichtlich der Bestimmungen, die sich auf die Stellung des Zeugen bzw. Sachverständigen vor der Hauptverhandlung beziehen

son erfolgen kann¹. Zum anderen bedeutet die fehlerhafte Behandlung einer Beweisperson einen Revisionsgrund², so dass schon von daher die Abgrenzung nach materiellen Kriterien erfolgen muss, denn der Auftrag des Gerichts als solcher besagt noch nichts über die Voraussetzungen einer Erteilung³.

Eine Abgrenzung ist daher inhaltlich vorzunehmen, wobei der Frage einer Heranziehung der Beweisperson (Auftrag des Gerichtes) nur hinsichtlich der Kenntniserlangung dieser Beweisperson von bestimmten Tatsachen von Bedeutung ist. Im übrigen gehen die meisten Abgrenzungsmethoden⁴ im Ergebnis vom Inhalt der Bekundung aus. Die Vielzahl der denkbaren Fallkonstellationen macht allerdings deutlich, dass die Abgrenzung mit nur einem Unterscheidungsmerkmal nicht zufriedenstellend durchgeführt werden kann⁵.

Ausgangspunkt für die Abgrenzung Zeuge-Sachverständiger ist die Art und Weise der Kenntniserlangung der Aussageperson von bestimmten Tatsachen. Dabei kann als "Grundfall" mit Sarstedt⁶ davon ausgegangen werden, dass "Zeuge ist,

1 Davon geht offensichtlich auch Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn.25 vor § 72 StPO durch seinen Hinweis auf § 16 ZuSEG aus; ebenso Rdn.1 zu § 84 StPO

2 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.3 vor § 72 StPO; Eb. Schmidt, Teil II, Erl. 2 zu § 85 StPO

3 Hanack, Anm. zu BGH, JR 1966, S. 424, ebda. S.425 (426); Geerds, Arch.f.Krim. Bd. 137 (1966), S.61 (69)

4 Vgl. die Zusammenstellung bei Geerds, Arch.f.Krim. Bd. 137 (1966), S. 68 ff.

5 So auch Hanack, Anm. zu BGH, JR 1966, S. 424, ebda. S.425 (427)

6 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.3 vor § 72 StPO; allerdings wird im Ergebnis der Abgrenzung Sarstedts nicht gefolgt; ähnlich Eb.Schmidt, Teil II, Vorbem. 12 zum 6. Abschn. vor § 48 StPO; Rosenfeld, Reichsstrafprozess, S.161

wer etwas über besondere Wahrnehmung aussagen soll, die er unabhängig von (im Regelfall vor) seiner Heranziehung (als Beweismittel) in den Prozess über dessen Gegenstand gemacht hat"¹. Allerdings ist damit noch nichts darüber ausgesagt, welcher Art diese "Aussage über besondere Wahrnehmungen" inhaltlich sein muss, damit sie zweifelsfrei als Zeugenaussage eingeordnet werden kann.

Es gilt daher zunächst nochmals die grundsätzliche Aufgabe des Sachverständigen zu verdeutlichen. Der Sachverständige übermittelt dem Richter Kenntnis aus dem besonderen Wissensgebiet oder er ordnet Tatsachen, die ihm vom Gericht vorgelegt werden oder die er selbst unabhängig vom Gericht wahrgenommen hat, unter die Sätze seines Wissensgebietes ein. Damit gewinnt doch das Unterscheidungskriterium, dass der Zeuge über Tatsachen, die Gegenstand sinnlicher Wahrnehmungen gewesen sind, der Sachverständige über Erfahrungssätze und Schlussfolgerungen aus jenen Tatsachen auf Grund seiner Sachkunde aussagt², an Bedeutung³. Allerdings muss hier betont werden, dass diese Gesichtspunkte nicht allein zur Abgrenzung herangezogen werden dürfen, sondern dass zunächst darauf abzustellen ist, ob besondere Wahrnehmungen unabhängig von der Heranziehung in den Prozess oder nur durch die Hereinzie-

1 So dem Sinne nach auch Eb.Schmidt, Teil II, Vorbem.15 zum 7.Abschn. vor § 72 StPO

2 So im wesentlichen Lent, ZZP Bd. 60 (1936), S.9 (10); zusammenfassende Hinweise bei Geerds, Arch.f.Krim. Bd.137 (1966), S. 68, m.w.Nachw. in Fussn.47

3 Daneben bleibt für eine Unterscheidung das Kriterium der Sachkunde - von der auf Grund des § 85 StPO zwingend vorgeschriebenen Einordnung abgesehen - bestehen

hung gemacht worden sind. Auf diese Weise wird das von Schmidhäuser¹ zu Recht kritisierte Ergebnis² vermieden. Die Unterscheidung hebt hier in erster Linie auf Hereinziehung oder Nichthereinziehung und erst in zweiter Linie auf Tatsachenmitteilung oder Schlussfolgerung ab.

Die möglichen Fallkonstellationen lösen sich dann wie folgt:

I. Die Beweisperson sagt über Wahrnehmungen aus, die unabhängig von der Hereinziehung in das anhängige Verfahren gemacht worden sind.

1. Die Beweisperson wird nicht als sachkundige Person herangezogen und berichtet über Tatsachen, die Gegenstand sinnlicher Wahrnehmungen gewesen sind, für die es keiner besonderen Sachkunde bedurfte. Die Beweisperson ist Zeuge.

2. Die Beweisperson wird als sachkundige Person herangezogen und berichtet über Tatsachen, die Gegenstand sinnlicher Wahrnehmungen gewesen sind, für die es aber keiner besonderen Sachkunde bedurfte. Die Beweisperson ist Zeuge.

3. Die Beweisperson wird als sachkundige Person herangezogen und berichtet über Tatsachen, die Gegenstand sinnlicher Wahrnehmungen gewesen sind, für die es einer besonderen Sachkunde bedurfte. Wegen § 85 StPO ist diese Beweisperson ebenfalls Zeuge³.

1 Schmidhäuser, ZZP Bd. 72 (1959), S. 365 (376)

2 Wonach - bei der alleinigen Unterscheidung Tatsachenermittlung - Schlussfolgerung - eine sachkundige Person, die im Auftrag des Gerichts lediglich gewisse Tatsachen beobachten und hernach über den unverändert noch fortbestehenden Befund aussagen soll, Zeuge wäre

3 OLG Hamm, NJW 1954, S. 1820

4. Die Beweisperson wird als nicht sachkundige Person herangezogen, berichtet über Tatsachen, die Gegenstand sinnlicher Wahrnehmungen gewesen sind - wobei es wegen § 85 StPO ohne Bedeutung ist, ob für diese Wahrnehmungen Sachkunde erforderlich war oder nicht - und zieht nunmehr noch auf Grund besonderer Sachkunde Schlussfolgerungen aus den Wahrnehmungen. Die Beweisperson ist für den letzteren Teil der Aussage Sachverständiger¹, soweit sie als solche (auch nachträglich) vom Richter - mit allen Konsequenzen - akzeptiert wird. Andernfalls bleibt dieser Teil der Aussage unverwertbar, da er nicht mehr unter die Zeugenaussage fällt.

II. Die Beweisperson sagt über Wahrnehmungen aus, die nur durch die Hereinziehung in den Prozess gemacht werden konnten. Dabei handelt es sich um die Fälle, in denen die Beweisperson wegen ihrer Sachkunde mit einer "Begutachtung" beauftragt worden ist und dabei bestimmte Wahrnehmungen gemacht hat. Dass diese Beweisperson, die wegen ihrer allgemeinen Sachkunde auf einem bestimmten Gebiet herangezogen wird, nicht in jedem Fall nach den Regeln über den Sachverständigen zu behandeln ist², wurde bereits oben im Grundsatz dargelegt³.

¹ Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.13 zu § 85 StPO; a.A. RGSt 55, 183 (184); Eb. Schmidt, Teil II, Vorbem. 21 zum 1. Buch, 7.Abschn. (vor §§ 72 ff. StPO)

² So auch Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.3 zu § 85 StPO; Eb. Schmidt, Teil II, Vorbem. 15 zum 1. Buch, 7.Abschn. (vor § 72 StPO)

³ Siehe oben S. 126

1. Die Beweisperson berichtet über Tatsachen, die Gegenstand sinnlicher Wahrnehmungen gewesen sind, für die es einer besonderen Sachkunde aber nicht bedurfte. Die Beweisperson ist trotz ihrer ursprünglichen Heranziehung als Sachverständiger Zeuge, da es sich inhaltlich um eine Zeugenaussage¹ handelt.
2. Die Beweisperson berichtet über Tatsachen, die Gegenstand sinnlicher Wahrnehmungen gewesen sind und für die es einer besonderen Sachkunde bedurfte. Die Beweisperson ist Sachverständiger und nicht etwa (sachverständiger) Zeuge, da die Wahrnehmungen eben nur durch die Hereinziehung in den Prozess gemacht werden konnten und es sich auch inhaltlich (Sachkunde erforderlich) um eine Sachverständigenaussage handelt. Die Regelung des § 85 StPO, die eine Klarstellung bringen soll, enthält - auf den Inhalt der Aussage bezogen - eine Ausnahme, denn die Strafprozessordnung hebt sonst in mehreren Bestimmungen über den Sachverständigen (§§ 75, 80 Abs.1, 80 a, 83 Abs.1 StPO) mit dem Begriff des Gutachtens doch auf den besonderen Sachverstand einer Aussagesperson ab. Es besteht aber kein Grund, diese Ausnahmeregelung hier anzuwenden, da massgebliches Unterscheidungskriterium eben die Art und Weise der Kenntniserlangung (Hereinziehung in den Prozess) ist.
3. Die Beweisperson zieht aufgrund besonderer Sachkunde Schlussfolgerungen aus bestimmten Tatsachen, die entweder zur "Begutachtung" vorgelegt oder von der Beweisperson selbst - aufgrund der Sachkunde - "ermittelt" worden sind. Die Beweisperson ist Sachverständiger in

1 BGHSt 18, 107 (108); 22, 268 (271), soweit die Wahrnehmungen in keinem Zusammenhang mit der Hereinziehung in den Prozess stehen, liegt der Fall I nach Ziff. 1 vor

seiner typischsten Art, wobei es keine Rolle spielt, ob die erforderliche Sachkunde tatsächlich vorhanden gewesen ist. In letzterem Fall wird allerdings eine erneute Begutachtung erforderlich sein (§§ 83 Abs.1, 244 Abs.4 StPO) und dem alten Gutachten darf nicht gefolgt werden¹.

2. Abgrenzungskriterien unter Berücksichtigung der spezifischen ärztlichen Tätigkeit.

Gerade der ärztliche Beruf bringt es mit sich, dass der Arzt in Ausübung seiner Tätigkeit oder als Zufallszeuge Beobachtungen macht, denen aufgrund seiner spezifischen Fähigkeiten in einem späteren Prozess besonderes Gewicht zukommt. Bei der Wiedergabe vor Gericht nimmt der Arzt unter diesen Voraussetzungen die typische Stellung eines sachverständigen Zeugen ein.

Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich nun einmal daraus, dass der Arzt aus den beobachteten Tatsachen, deren Wahrnehmungen ihm überhaupt nur aufgrund seiner besonderen medizinischen Fähigkeiten und Kenntnisse möglich war, ebenfalls aufgrund seiner Sachkunde Schlussfolgerungen zieht. Während das Ergebnis dem Gericht als "Tatsachenbekundung" präsentiert wird, ist der Arzt in Wahrheit vom Inhalt der Bekundung her echter Sachverständiger². Zum anderen kann

1 Müller-Sax, KMR, Anm.2 zu § 74 StPO

2 BGH, JR 1966, S. 424 trifft - allerdings zu einseitig - die Abgrenzung Zeuge - Sachverständiger unter dem Kriterium der Bekundung von Tatsachen, die Gegenstand sinnlicher Wahrnehmungen waren (Zeuge), und Schlussfolgerungen aus jenen Tatsachen (Sachverständiger)

der Arzt im Rahmen seiner spezifisch begutachtenden Tätigkeit im Auftrag des Gerichts, etwa durch die Konfrontation mit dem Beschuldigten, Kenntnis von Tatsachen erlangen, die den ärztlichen Fachbereich nicht tangieren, aber dennoch in die Aussage vor Gericht einfließen. Allerdings wird gerade bei der Aussage des sachverständigen Zeugen deutlich, dass dieser seine Wahrnehmungen nur deshalb mitteilen kann, weil er dabei seinerseits bereits Erfahrungssätze verarbeitet hat¹. Das "Sachverständigen-gutachten" wiederum beruht vielfach auf zahlreichen selbständigen Beobachtungen des Arztes, die dieser mit Hilfe seiner Sachkunde gemacht hat, so dass das Ergebnis weit über die Mitteilung von Erfahrungssätzen oder deren Anwendung auf den Einzelfall hinausgeht. Damit aber lassen sich die Zeugenaussage und die Sachverständigenaussage in vielen Fällen nicht ausschliesslich durch ihren Inhalt unterscheiden².

Diese Beispiele machen erneut deutlich, dass mit nur einem Kriterium eine zufriedenstellende Abgrenzung nicht erreicht werden kann. Ob der Arzt Zeuge oder Sachverständiger ist, beurteilt sich daher zunächst nach dem Inhalt der Aussage. Auch beim Arzt kommt es darauf an, auf welche Art und Weise er von verfahrenserheblichen Tatsachen Kenntnis erlangt hat; im weiteren spielt dann die Frage der Sachkunde und die Mitteilung von Tatsachen bzw. die Schlussfolgerung aus solchen Tatsachen eine Rolle.

1 Mayer, Festschrift Mezger 1954, S. 455 (464); Peters, S. 287; "Jede menschliche Wahrnehmung ist mit Schlüssen verbunden"

2 Mayer, a.a.O., unter Anlehnung an Eb.Schmidt, Teil II, Vorb. 16 zum 1. Band, 7.Abschn. (vor § 72 ff. StPO); zweifelnd Schmidhäuser, ZZP Bd. 72 (1959), S.365 (371 f.); Geerds, Arch.f.Krim. Bd. 137 (1966), S. 61 (68)

Dies bedeutet, dass der Arzt, der vor Gericht über Tatsachenwahrnehmungen berichtet, die unabhängig von seiner Hereinziehung in den Prozess (durch einen Gutachtenauftrag) gemacht wurden, immer Zeuge ist. Erst wenn er aus diesen Tatsachen Schlussfolgerungen zieht, wird er - inhaltlich, aber nicht notwendig formal - zum Sachverständigen.

Wird der Arzt dagegen mit einem Gutachtenauftrag herangezogen, so werden all die Bekundungen von der Sachverständigenaussage erfasst, die damit in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang stehen, und zwar auch dann, wenn sich bei der Vernehmung herausstellt, dass die als Sachverständiger eingeführte Beweisperson die erforderliche Sachkunde nicht oder nicht in dem nötigen Masse besessen hat¹. In einem solchen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Auftrag steht insbesondere die Ermittlung der sogenannten "Befundtatsachen"², d. h. der Beweistatsachen, die nur aufgrund der besonderen Sachkunde gewonnen werden konnten und vielfach erst die Grundlage des Gutachtens bilden. Handelt es sich dagegen um sogenannte "Zusatztatsachen", also um Tatsachen, die der Sachverständige zwar aufgrund einer fachkundigen Unter-

1 Hegler, AcP Bd. 104 (1909), S. 151 (266)

2 Mayer, Festschr. Mezger 1954, S. 455 (456)
spricht vom Sachverständigen, der einen
"Befund" erhebt

suchung erfährt¹, zu deren Ermittlung aber eine besondere Sachkunde nicht erforderlich war, oder gar um ganz ausserhalb des Gutachtenauftrags liegende Wahrnehmungen, die lediglich in das Gutachten eingeflossen sind oder bei Gelegenheit der gutachtlichen Stellungnahme vor Gericht geäussert werden, so kann der Gutachter insoweit nur die Stellung eines Zeugen einnehmen². Dabei hat in Wirklichkeit nicht die Aussageperson eine Doppelnatur, sondern es geht lediglich um eine unterschiedliche Beurteilung verschiedener Teile einer Aussage.

1 BGHSt 18, 107 (108); BGH NJW 1951, S. 771; BGHSt 9, 292 (Begriff der "Zusatztatsachen" noch nicht verwendet, aber inhaltlich auf dieselbe Problematik eingehend); 13, 1 (Begriff der "Zusatztatsachen" erstmals verwendet, allerdings in dem Sinn, dass es sich um neues Beweismaterial in der anhängigen Sache handelt, was damit erstmals in den Prozess eingeführt wird); BGHSt 13, 250 versteht "zusätzliche" Tatsachen in dem vorgenannten Sinn, stellt aber nicht ausdrücklich auf neues Beweismaterial ab, sondern lässt es genügen, dass ausserhalb des eigentlichen Gutachtens liegende Tatsachen in der Hauptverhandlung durch den Sachverständigen bekundet werden, auch wenn diese Tatsachen mit den Aussagen anderer übereinstimmen; BGHSt 18, 107 (108) mit sehr deutlicher Unterscheidung zwischen "Befundtatsachen" und "Zusatztatsachen" in dem hier verstandenen Sinn; BGHSt 22, 268 (271); Russ, NJW 1963, S. 385

2 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.17 zu § 79 StPO; Eb.Schmidt, Teil II, Vorb. 15 zum 1. Buch, 7.Abschn. (vor §§ 72 ff. StPO); Jessnitzner, S. 209 f.; Henkel, S. 218; Müller-Sax, KMR, Vorb. 2 zu § 72 StPO; Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn.11 vor § 72 StPO; BGHSt 13, 1 (3), 250 (252); 22, 268 (271); a.A. Peters, S. 287, doch geht er davon aus, dass die Beobachtungen jeweils eng mit dem Gutachten zusammenhängen; gänzlich ausserhalb des Gutachtens liegende Bekundungen dürfte wohl auch Peters nicht mehr zur Sachverständigenaussage zählen

VI. DIE BEDEUTUNG DER ABGRENZUNGSKRITERIEN FÜR DEN EINZELFALL AUS DEM ÄRZTLICHEN BEREICH.

1. Allgemeine Gesichtspunkte.

Bereits oben¹ wurde unter Hinweis auf die §§ 80 a, 81, 81 a, 81 c, 87, 246 StPO die besondere Bedeutung, die dem Arzt im Strafverfahren zukommen kann, deutlich gemacht. Gleichzeitig wurde dargelegt², dass auf die Aussage des Arztes als persönliches Beweismittel entweder die Regeln über den Sachverständigen- oder über den Zeugenbeweis zur Anwendung kommen müssen, wobei dies letztlich keine Frage des numerus clausus der Beweismittel, sondern eine Frage rechtsstaatlicher Grundsätze ist. Die rechtliche Stellung des Arztes in seiner spezifischen Funktion als medizinisch sachkundige Beweisperson lässt sich mit den aufgezeigten Unterscheidungsmerkmalen³ - sachverständiger Zeuge bei Wahrnehmungen unabhängig von der Hereinziehung in den Prozess, Sachverständiger bei sachverständiger Begutachtung auf Grund besonderer Heranziehung - hinreichend deutlich definieren. Schwierigkeiten ergeben sich aber in besonderem Masse bei der Heranziehung des Arztes nach den §§ 81 a, 81 c, 81 d und 87 StPO. In den meisten dieser Fälle wirkt der Arzt nämlich zunächst nicht bei der Begutachtung, sondern bei der Tatsachenermittlung mit, stellt also in gerichtlichem Auftrag oder im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden Wahrnehmungen an oder unterstützt den Richter durch die besondere Fachkenntnis bei dessen eigener Wahrnehmung (Augenscheinseinnahme).

¹ Vgl. S. 110

² Vgl. S. 116

³ Vgl. S. 128 ff.

2. Die Rechtsfigur des "Beweismittlers".

a) Definition und Abgrenzung "Beweismittler" - "Augenscheinsgehilfe".

Personen in dieser Funktion werden als "Beweismittler" oder "Augenscheinsgehilfen" bezeichnet¹, wobei - soweit ersichtlich - in der Literatur nirgends eine Abgrenzung getroffen worden ist². Es handelt sich dabei entweder um sachkundige Personen, die dort dem Richter unterstützend und vermittelnd beitreten, wo diesem auf einem besonderen Fachgebiet das notwendige Erkenntnisvermögen fehlt (etwa bei der Leichenschau) oder um Personen ohne besonderen Sachverstand im Hinblick auf die jeweilige Aufgabe (da die Aufgabe besonderen Sachverstand gar nicht erfordert), die vom Richter zugezogen werden, weil dieser selbst eine Wahrnehmung aus rechtlichen Gründen nicht machen darf (§ 81 a StPO beim männlichen Richter) oder aus physischen Gründen nicht machen kann und will (besondere Gefahren, Unannehmlichkeiten, physische Mängel wie schlechtes Gehör etc.)³.

1 Eb. Schmidt, Teil II, Vorbem. 19 zum 1. Buch, 7. Abschn. (vor §§ 72 ff. StPO); Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 3 zu § 86 StPO; Müller-Sax, KMR, Vorbem. 5 zu § 72 StPO; Henkel, S. 199, Fussn. 1, S. 268

2 Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 35 vor § 72 StPO; Eb. Schmidt, Teil II, Vorbem. 19 zum 1. Buch, 7. Abschn. (vor §§ 72 ff. StPO); Müller-Sax, KMR, Vorbem. 5 vor § 72 StPO gebrauchen die beiden Begriffe jeweils in gleicher Bedeutung

3 Vgl. die Beispiele bei Hegler, AcP Bd. 104 (1909), S. 151 (157 f.)

Bei einer Abgrenzung des "Beweismittlers" vom "Augenscheinsgehilfen" liegt es unter Berücksichtigung der Terminologie der Strafprozessordnung nahe, den Augenscheinsgehilfen als Sonderfall des Beweismittlers anzusehen. Von einem "Augenscheinsgehilfen" soll daher nur dort gesprochen werden, wo die Beweisführung zunächst über das förmliche Beweismittel Augenscheinseinnahme erfolgt, der Richter aber mangels besonderer Sachkunde zur besseren Erkenntnis (der Tatsachen) eine sachkundige Person, nämlich den Augenscheinsgehilfen heranzieht¹.

Diese Ausführungen zeigen deutlich, dass es sich bei den Begriffen "Beweismittler" bzw. "Augenscheinsgehilfe" - vom Gesetz nirgends erwähnt - um reine Zweckschöpfungen handelt, die zwar die Funktion dieser Personen veranschaulichen, darüber hinaus aber eher geeignet sind, deren rechtliche Einordnung zu erschweren.

Da der Beweismittler in der Regel selbständig (wenn auch im Auftrag) Wahrnehmungen macht, die zum Beweis einer Tatsache herangezogen werden sollen, ist er darüber in der Hauptverhandlung nach § 250 StPO persönlich zu vernehmen. Dies bedeutet, dass entweder die Bestimmungen über den Zeugen- oder über den Sachverständigenbeweis zur Anwendung kommen². Eine Ausnahme bildet lediglich der Augenscheinsgehilfe in dem hier definierten Sinn, der bei der richter-

1 Vgl. insbesondere die gesetzlich geregelten Fälle der Leichenschau sowie die Leichenöffnung § 87 Abs. 1 und 2 StPO

2 Siehe oben S. 116 ff.

lichen Augenscheinseinnahme zugezogen wird, um dem Richter das nötige Erkenntnisvermögen zu vermitteln. Hier kann der Beweis nach § 249 StPO durch Verlesung des Protokolls über die richterliche Augenscheinseinnahme erfolgen, ohne dass es einer Vernehmung des Augenscheinsgehilfen bedarf. Allerdings können gerade in diesen Fällen die Grenzen fließend sein. Das Protokoll über die - nach der neuen Regelung des § 87 StPO allerdings nur noch seltene - richterliche Leichenschau unter Zuziehung des Arztes kann nach § 249 StPO verlesen werden¹. Findet dagegen eine Leichenschau statt, so ist, soweit es sich nicht um Ärzte im gerichtsärztlichen Dienst handelt, über das Ergebnis der Leichenöffnung Beweis durch Vernehmung der beteiligten Ärzte zu führen². Nur soweit Wahrnehmungen vom Richter selbst gemacht worden sind, käme auch hier § 249 StPO in Betracht³.

Wenn Peters⁴ den richterlichen Augenschein nur als einen Fall des Augenscheins bezeichnet, so ist er dennoch gezwungen bei einem Augenschein, der von einem Beweismittler vorgenommen wird, diese Massnahme wieder unter die Regeln des Zeugen- oder Sachverständigenbeweises einzuordnen. Peters spricht dann vom Augenschein des Zeugen

1 Gollwitzer in LR, 23. Aufl., Rdn.25 zu § 249 StPO; Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn.14 zu § 87 StPO; Eb.Schmidt, Teil II, Erl.15 zu § 249 StPO; RGSt 53, 348

2 Gollwitzer in LR, 23. Aufl., Rdn.25 zu § 249 StPO; Eb.Schmidt, Teil II, Erl. 15 zu § 249 StPO; Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn. 2 zu § 87 StPO

3 Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn.14 zu § 87 StPO; Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.9 zu § 87 StPO

4 Peters, S.349

bzw. vom Augenschein des Sachverständigen. Damit ist aber das Abgrenzungsproblem nur terminologisch verlagert. Auch Sarstedt¹ löst die Problematik nicht, wenn er im Beweismittler weder einen Zeugen noch einen Sachverständigen, sondern ein Beweismittel besonderer Art sieht. Eine Stellungnahme wird auf jeden Fall dann erforderlich, wenn auf die einzelne Aussageperson bestimmte Regeln des Zeugen- bzw. des Sachverständigenbeweises Anwendung finden sollen. Will man nicht mit Nikisch² und Hegler³ den Beweismittler schlechthin als Sachverständigen bzw. als Quasisachverständigen behandeln, so lässt es sich nicht umgehen, festzustellen, welche dieser Bestimmungen im Einzelfall gelten müssen.

b) Allgemeine Kriterien für die Einordnung des Beweismittlers.

Die Feststellung, dass der aufgrund bestimmter Normen der Strafprozessordnung zugezogene Arzt die Stellung eines Beweismittlers oder eines Augenscheinsgehilfen hat, ist damit von geringer Bedeutung für die rechtliche Einführung der Aussage in die Hauptverhandlung. Die eindeutige Lösung kann im wesentlichen nur über die allgemeinen beim Zeugen und Sachverständigen entwickelten Abgrenzungskriterien gefunden werden.

1 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm. 2 b zu § 81 a StPO

2 Nikisch, S. 339

3 Hegler, AcP Bd. 104 (1909), S. 151 (160 ff.); dem Ergebnis nach auch Eb. Schmidt, Teil II, Vorbem. 21 zum 1. Buch, 7. Abschn. (vor §§ 72 ff. StPO)

Dennoch ist die vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte, sondern von der Literatur geschaffene Rechtsfigur des Beweismittlers in gewissem Umfang geeignet, eine für einen grösseren Bereich gültige, auf allgemeinen Merkmalen beruhende Abgrenzung zu erleichtern. Die Entscheidung im Einzelfall ohne Heranziehung übergeordneter Kriterien bietet nur wenig Gewähr für eine richtige Lösung.

Ausgangspunkt bilden dabei die beiden Kategorien von Beweismittlern, einmal der sachkundige Beweismittler, der dort dem Richter unterstützend und vermittelnd beiträgt, wo diesem auf dem jeweiligen Sachgebiet das notwendige Erkenntnisvermögen fehlt und der Beweismittler ohne besonderes Sachverständnis, der vom Richter herangezogen wird, weil dieser eine Wahrnehmung insbesondere wegen der damit verbundenen Gefahren, Unannehmlichkeiten, aus Anstandsrücksichten, wegen mangelnder persönlicher Fähigkeiten oder aus rechtlichen Gründen nicht machen kann oder will.

Bei der Abgrenzung Zeuge - Sachverständiger wurde zunächst massgeblich auf die Art und Weise der Kenntniserlangung abgestellt. Erfolgte die Aussage über Wahrnehmungen, die unabhängig von der Hereinziehung in den Prozess gemacht wurden, so war die Aussageperson Zeuge, bezog sich die Aussage auf Wahrnehmungen, die erst durch die Hereinziehung in das Verfahren möglich waren, Sachverständiger¹.

¹ Siehe oben S. 129 f.

Diese Gesichtspunkte führen hier aber nicht weiter. Da das Wesen des Beweismittlers gerade darin liegt, dem Richter bei der Erfassung von Tatsachen unterstützend beizutreten, wird er von diesen Tatsachen in der Regel nur durch die besondere Heranziehung Kenntnis erlangt haben. Hier zeigt sich erneut, dass mit nur einem Kriterium die Abgrenzung nicht zufriedenstellend durchgeführt werden kann¹, denn damit wäre der Beweismittler in jedem Fall den gesetzlichen Regelungen über den Sachverständigen zu unterstellen². Der Gesichtspunkt der Heranziehung dient vielmehr eher der Feststellung, ob es sich überhaupt um einen Beweismittler handelt, wobei dies wiederum nur Ausgangspunkt für die Lösung der Problematik sein kann.

Daher müssen auch für die Einordnung des Beweismittlers die zusätzlichen Kriterien der Sachkunde und der Tatsachenwahrnehmung bzw. der Schlussfolgerung herangezogen werden. Entscheidend ist dabei wiederum der Inhalt der Aussage, so dass eine abschliessende Stellungnahme erst nach der Aussage erfolgen kann. Insoweit ist Meyer zu folgen, wenn er davon ausgeht, dass für den Beweismittler teilweise die Regeln des Zeugen-, teilweise die Regeln des Sachverständigenbeweises gelten. Hinsichtlich der Erscheinungs- und Aussagepflicht muss wohl auf die Bezeichnung der Aussageperson in der Ladung abgestellt werden. Da

1 Vgl. Hanack, Anm. zu BGH, JR 1966, S. 424, ebda. S. 425 (427)

2 Vgl. Anm. 2 und 3 S. 140

3 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 5 zu § 86 StPO

diesen Normen unter dem Blickwinkel eines rechtsstaatlichen Verfahrens aber keine entscheidende Bedeutung zukommt, steht einer anderen rechtlichen Einordnung der Aussageperson nach ihrer Aussage nichts im Wege. Dies bedeutet lediglich ein Abrücken von formalen Ordnungsbestimmungen und damit eine Orientierung an wesentlichen Verfahrensvorschriften.

Ausgangspunkt ist dabei einerseits der sachkundige, andererseits der "nicht sachkundige" Beweismittler, d.h. die Person, die für den Richter Wahrnehmungen macht, die dieser zwar auf Grund der geistigen Fähigkeiten (durch Augenschein) machen könnte, aber aus rechtlichen Gründen nicht machen darf oder aus physischen Gründen nicht machen kann. Allerdings kommt es dabei für die Anwendung der Normen über den Zeugen- bzw. über den Sachverständigen nicht auf die subjektive Vorstellung beim Richter an, der sich eines Beweismittlers bedient, denn damit wäre die Abgrenzung frei manipulierbar¹ und würde sich jeglicher objektiver Überprüfung entziehen. Die rechtliche Stellung des Beweismittlers im Strafverfahren wird daher nicht durch die bei der Auswahl vorhandene richterliche Motivation, sondern durch die Anforderungen bestimmt, die eine in richterlichem Auftrag vorzunehmende Wahrnehmung erforderte. Eine endgültige Einordnung des Beweismittlers kann daher erst nach der Aussage erfolgen.

War für die Wahrnehmung des Beweismittlers also keine Sachkunde erforderlich, so ist er nach den Regeln über den Zeugenbeweis zu behandeln. Bedurfte es dagegen besonderer Sachkunde, um überhaupt die entsprechenden sinnlichen

¹ Geerds, Arch. f. Krim., Bd. 137 (1966), S. 61 (69)

Wahrnehmungen machen zu können, so ist der Beweismittler unter die Sachverständigen ~~regeln~~ einzuordnen. Dass in der Praxis ein solcher sachkundiger Beweismittler vielfach auch aufgefördert wird, aus diesen sinnlichen Wahrnehmungen Schlussfolgerungen zu ziehen, und er damit zum "echten Sachverständigen" wird, ändert nichts daran, dass für die Aussage allein über die sinnliche Wahrnehmung ebenfalls die Normen über den Sachverständigenbeweis zur Anwendung kommen¹. Entscheidend ist dabei auch hier, ob Sachkunde erforderlich gewesen ist, und nicht, ob beim Beweismittler diese Sachkunde tatsächlich vorhanden war. Fehlt es an der entsprechenden Sachkunde, so darf die Aussage nicht verwertet werden².

Dabei zeigt sich, dass das Kriterium der Ersetzbarkeit bestimmter Aussagepersonen, das teilweise bei der allgemeinen Abgrenzung Zeuge - Sachverständiger herangezogen worden ist³, bei der Einordnung des Beweismittlers versagt. Sollte die Ersetzbarkeit einer Aussageperson gerade für deren Sachverständigeneigenschaft sprechen, so ist hier eher der Augenscheinsgehilfe ohne besonderes Sachverständnis ersetzbar. Dieser aber entfernt sich gerade von

1 Im Ergebnis ähnlich Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.4 zu § 86 StPO; Müller-Sax, KMR, Anm.2 zu § 81 d StPO; Goldschmidt, Anm. 2288 auf S. 436 differenziert ebenfalls nach der Sachkunde, stellt dabei allerdings auf die Sachkunde beim Beweismittler und nicht primär auf die zur Beobachtung erforderliche Sachkunde ab

2 Vgl. oben S. 132

3 Geerds, Arch. f. Krim. Bd. 137 (1966), S. 69, m.w. Nachw. in Fussn. 53

der mit der Sachverständigenrolle verbundenen Vorstellung einer gutachterlichen Äusserung am weitesten² und ist daher nach den Normen über den Zeugenbeweis zu behandeln. Andererseits zeigt das Beispiel² vom Augenscheinsgehilfen, der anstelle des Richters, ohne dass dabei eine besondere Sachkunde erwartet oder vorausgesetzt war, die letzte Geschmacksprobe einer bestimmten Flüssigkeit oder eines bestimmten Pulvers nimmt, wie wenig mit dem Merkmal der Ersetzbarkeit eine klare allgemeingültige Einordnung getroffen werden kann.

3. Der Arzt als "Beweismittler".

a) Die Tätigkeit des Arztes im Rahmen des § 81 d StPO.

Auch bei der Heranziehung des Arztes im Strafverfahren ist es denkbar, dass dieser der einen oder anderen Gruppe von Beweismittlern angehört, denn der ärztliche Beruf prädestiniert ihn nicht zum ausschliesslich sachkundigen Beweismittler.

1 A.A. allerdings Schmidhäuser, ZZP Bd. 72 (1959), S. 365 (402), der den Augenscheinsgehilfen als "die ohne besondere Sachkunde aussagende ersetzbare Beweisperson" definiert und bezüglich Auswahl und Ablehnung die Sachverständigenregeln anwenden will

2 Vgl. bei Schmidhäuser, ZZP Bd. 72 (1959), S. 365 (397 f.)

Nach § 81 d StPO ist die körperliche Untersuchung einer Frau einer anderen Frau oder einem Arzt zu übertragen, wenn die Untersuchung das Schamgefühl der Frau verletzen könnte. Während von der Sache her sich der Richter in der Regel durch eigene Augenscheinseinnahme¹ die Kenntnis verschaffen könnte, wird hier zur Schonung des Schamgefühls eine andere Frau oder ein Arzt eingeschaltet. In verfassungskonformer Interpretation müsste die Bestimmung entsprechend auf die Untersuchung des Mannes angewendet werden², soweit im konkreten Einzelfall die Augenscheinseinnahme durch eine Richterin in Frage steht.

§ 81 d StPO bezieht sich auf die einfache körperliche Untersuchung wie sie dem Grunde nach in § 81 a und 81 c StPO geregelt ist, also nicht auf Eingriffe in die Körperintegrität. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Untersuchung wahlweise einer Frau oder einem Arzt übertragen werden kann. Das Gesetz geht bei der Heranziehung eines Arztes also nicht von dessen besonderen ärztlichen Fähigkeiten aus. Es geht lediglich davon aus, dass die Untersuchung durch einen Arzt das Schamgefühl einer Frau bzw. eines Mannes im geringeren Masse tangiert³. Der Arzt fungiert also lediglich deshalb als Beweismittler, weil

1 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.6 zu § 81 d StPO; Peters, S. 350 und S. 272 spricht vom Augenschein nur beim Sachbeweis. Die körperliche Untersuchung oder der körperliche Eingriff sei objektiv Personalbeweis, bei dem es nicht zum Augenschein kommen könne. Dies sei deshalb wichtig, weil der Personalbeweis im Gegensatz zum Sachbeweis eine Begrenzung durch die menschliche Würde und personelle Angemessenheit erfahre

2 Ähnlich Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.6 zu § 81 d StPO; auch Dzendzalowski, S. 38, Fussn. 148

3 Eb.Schmidt, Teil II, Vorbem. 18 zum 2. Buch, 7. Abschn. (vor §§ 72 ff. StPO)

der Richter (die Richterin) bei der entsprechenden Fallkonstellation aus rechtlichen Gründen an einer persönlichen Augenscheinseinnahme gehindert ist. Der Arzt ist hier primär beliebig mit einer zum gleichen Zweck bestellten Frau bzw. einem Mann austauschbar. Zwar ist die Austauschbarkeit eines Augenscheinsgehilfen - wie oben bereits angeführt¹ - kein ausreichendes Kriterium für dessen rechtliche Einordnung im Strafverfahren, doch wird dabei deutlich, dass es bei der Heranziehung des Arztes nach der Intention des Gesetzes nicht auf dessen besondere Sachkunde ankommt. Der Arzt ist daher bei den Untersuchungen nach § 81 d StPO im Verfahren zunächst grundsätzlich nur Zeuge², denn er nimmt eine nicht sachkundige Tatsachenübermittlung gewissermassen als Ersatz für den richterlichen Augenschein vor.

Dabei spricht auch nicht die Einordnung des § 81 d StPO in den Abschnitt "Sachverständiger und Augenschein" in jedem Fall für die Stellung der Untersuchungsperson als Sachverständiger. Sie schliesst sich lediglich der besseren Übersicht wegen unmittelbar an die Vorschriften über die körperliche Untersuchung an, ist aber wegen der grundsätzlichen systemwidrigen Einordnung inmitten des

1 Vgl. oben S. 144 f.

2 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.5 zu § 81 d StPO

7. Abschnittes¹ wenig geeignet, derartige Überlegungen zu untermauern². Andererseits kann gerade wegen der Einordnung in den 7. Abschnitt auch nicht davon ausgegangen werden, dass ein Arzt, der auf Grund des § 81 d StPO herangezogen wird, in keinem Fall die Stellung eines Sachverständigen einnehmen kann. Der Arzt sagt über seine Wahrnehmungen aus, die nur durch die Hereinziehung in das Verfahren gemacht werden konnten; soweit für diese Wahrnehmungen eine besondere Sachkunde erforderlich war (d. h. der Richter oder eine andere Frau diese Wahrnehmungen nicht hätte machen können), ist kein Grund ersichtlich, den Arzt nicht entsprechend der allgemeinen Abgrenzung³ als Sachverständigen zu behandeln. Dabei spielt es keine Rolle, ob dem Arzt der Auftrag zur Untersuchung erteilt wurde, weil der Richter selbst eine besondere Sachkunde für erforderlich hielt oder ob es dem Richter ausschliesslich darum ging, das Schamgefühl des zu Untersuchenden nicht zu verletzen. Allein die Aussage des Arztes selbst lässt rückwirkend eine Beurteilung hinsichtlich des für die Wahrnehmung notwendigen Sachverständes zu.

1 Vgl. dazu Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.1 zu § 85 StPO

2 Vgl. Eb. Schmidt, Teil II, Vorb. 21 zum 1. Buch, 7. Abschn., der die Stellung der Norm im Gesetz ebenfalls nicht als entscheidendes Argument wertet

3 Vgl. oben S. 129 ff.

b) Die Tätigkeit des Arztes im Rahmen des § 87 StPO

Wird die Leichenschau oder die Leichenöffnung auf Antrag der Staatsanwaltschaft vom Richter bzw. im Beisein des Richters vorgenommen, so handelt es sich um einen richterlichen Augenschein¹. Die Ärzte sind dabei Beweismittler in der Form der Augenscheinsgehilfen², indem sie den Richter durch ihre Sachkunde bei dessen eigener Wahrnehmung unterstützen. Während bei der Leichenschau in besonders gelagerten Fällen ein Arzt unentbehrlich ist (§ 87 Abs.1 Satz 2 StPO)³, sind bei der Leichenöffnung in jedem Fall zwei Ärzte zuzuziehen (§ 87 Abs.2 Satz 2 StPO).

Hier ergibt sich - wie bereits oben angedeutet⁴ - eine Besonderheit für die rechtliche Qualifikation des Beweismittlers in Form des Augenscheinsgehilfen. Sowohl bei der Leichenschau als auch bei der Leichenöffnung besteht die Aufgabe des Arztes zunächst darin, den Richter bei dessen Augenscheinseinrahmedurch sachkundige Hinweise zu unterstützen, damit dieser dadurch in die Lage versetzt wird, bestimmte Tatsachen wahrzunehmen. Die Tatsachenwahrnehmungen werden in das Protokoll über den richterlichen Augenschein (§ 86 StPO) aufgenommen und

1 Eb. Schmidt, Teil II, Erl.4 zu § 87 StPO; Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn.1 zu § 87 StPO; Müller-Sax, KMR, Anm.2, 3 zu § 87 StPO; Kleinknecht, 30. Aufl., Anm.1 zu § 87 StPO ("Sonderart des Augenscheins"); nach Peters, S. 273 ist allerdings der menschliche Leichnam Gegenstand des objektiven Personalbeweises

2 Eb. Schmidt, Teil II, Erl. 5 zu § 87 StPO; Müller-Sax, KMR, Anm.6 zu § 86 StPO sprechen von einem "zusammengesetzten" oder "gemischten" Augenschein

3 Kohlhaas, S. 106; "dass der Richter von der Zuziehung eines Arztes absehen kann, ist reine Theorie"

4 Siehe oben S. 139

sind damit Gegenstand des Augenscheinsbeweises. In dieser Funktion des echten Augenscheinsgehilfen finden die sachkundigen Wahrnehmungen des Arztes, die dieser den Richter nachvollziehen lässt, über das förmliche Beweismittel des Augenscheins Eingang in das Verfahren¹. Insoweit scheidet eine Vernehmung des Arztes als persönliches Beweismittel aus. Sollte sich allerdings - etwa wegen Unklarheiten im Protokoll - die Notwendigkeit ergeben, den Arzt noch zu vernehmen, so sagt dieser über Wahrnehmungen aus, die er auf Grund seiner Hereinziehung in das Strafverfahren gemacht hat und für die eine besondere Sachkunde erforderlich war. Er ist also Sachverständiger, auch soweit er nur über tatsächliche Wahrnehmungen - also über einen Befund - aussagt².

Diese Überlegungen sind jedoch im wesentlichen theoretischer Natur, denn in der Praxis wird der Arzt - insbesondere bei der Leichenöffnung - den Richter nicht nur bei dessen Tatsachenwahrnehmung unterstützen, sondern er wird über die Funktion eines Augenscheinsgehilfen hinaus aus diesen Tatsachen vermöge seines besonderen Sachverständnisses Schlussfolgerungen ziehen und damit eine sachverständige

1 Auch bei der Leichenöffnung kann ein Teil der Wahrnehmungen vom Richter - mit Unterstützung des Arztes - selbst gemacht werden und damit über den Augenscheinsbeweis Eingang in das Verfahren finden, vgl. Klein-knecht, 33. Aufl., Rdn. 6 und 9 zu § 87 StPO; Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 16, 18 zu § 87 StPO; Eb. Schmidt, Teil II, Erl. 6 zu § 87 StPO

2 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 25 zu § 87 StPO; BGH 3 StR 420/55 v. 12.1.1956, zitiert bei Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm. 6 zu § 87 StPO; Müller-Sax, KMR, Anm. 3 zu § 87 StPO; auch Rosenberg, 10. Aufl., S. 605 geht beim sachverständigen Augenscheinsgehilfen immer von einem Sachverständigenbeweis aus

dige Begutachtung vornehmen. Da solche sachkundigen Schlussfolgerungen aber nicht mehr Gegenstand des richterlichen Augenscheins sind, können sie auch nicht durch Verlesung des Protokolls über die Augenscheinseinnahme¹, sondern nur über die Vernehmung des Arztes, und zwar in der Funktion des Sachverständigen, in das Verfahren Eingang finden². Findet die Leichenschau im Beisein der Staatsanwaltschaft statt, wie dies nunmehr nach § 87 Abs.2 StPO der Regelfall ist, so ist der Arzt darüber als Sachverständiger zu vernehmen. Nur soweit es sich um Ärzte im gerichtsärztlichen Dienst handelt, kommt eine Verlesung des Gutachtens nach § 256 StPO in Betracht³.

c) Die Tätigkeit des Arztes im Rahmen der §§ 81 a und 81 c StPO.

aa) Fachliche Qualifikation und Persönlichkeitsschutz.

Bereits bei § 87 StPO hat sich - im Gegensatz zu § 81 d StPO - gezeigt, dass die Beiziehung des Arztes als Augenscheinsgehilfen⁴ auf Grund der besonderen Sachkunde zu

1 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 25 zu § 87 StPO

2 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 25 zu § 87 StPO;
Eb. Schmidt, Teil II, Erl. 15 zu § 249 StPO;
Müller-Sax, KMR, Anm.6 zu § 87 StPO

3 Kleinknecht, 33. Aufl., Rdn.14 zu § 87 StPO

4 Eb. Schmidt, Teil II, Vorb. 19 zum 1 Buch, 7. Abschnitt (vor §§ 72 ff. StPO); Erl. 8 zu § 86 StPO;
Erl. 3 zu § 81 a StPO

erfolgen hat. Bei den §§ 81 a und 81 c StPO bestimmt das Gesetz, dass körperliche Eingriffe nur vom Arzt vorgenommen werden dürfen, um damit eine höchstmögliche Gewähr für die sachgemässe Abwicklung des Untersuchungsvorgangs zu bieten¹. Es ist daher zunächst davon auszugehen, dass der Arzt in diesen Fällen die Stellung eines sachverständigen Beweismittlers einnimmt; allein die Sachkunde qualifiziert ihn für bestimmte Tätigkeiten im Rahmen des Ermittlungsverfahrens.

Über diesen wichtigen Aspekt hinaus kann aber auch davon ausgegangen werden, dass ähnlich wie bei § 81 d StPO, der durch die Zuziehung eines Arztes das Schamgefühl einer Frau achten will, bei Eingriffen ausschliesslich durch einen Arzt die Würde des Betroffenen einen zusätzlichen Schutz erfahren sollte. Dafür spricht, dass das Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953 (BGBl. I, S. 735) mit der Neufassung des § 81 a StPO auch einfache Eingriffe wie die Blutentnahme ausdrücklich dem Arzt vorbehalten hat, obgleich die Durchführung dieses Eingriffs durch die modernen Methoden der Blutentnahme und den Ausbildungsstand ärztlichen Hilfspersonals unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes keiner derartigen Regelung bedurft hätte.

¹ Müller, S. 287

Soweit es sich nicht um körperliche Eingriffe handelt, werden im Falle des § 81 a StPO bei der einfachen Untersuchung für eine fakultative Heranziehung des Arztes - ähnlich wie bei der Leichenschau - dessen fachliche Qualifikation ausschlaggebend sein. Auch bei Untersuchungen, die nicht mit einem Eingriff in die Körperintegrität verbunden sind, wird daher in der Regel eine Unterstützung des Richters durch den Arzt zur sachgemässen Wahrnehmung erforderlich sein. Der Arzt ist dabei - wie bei § 87 StPO - Augenscheinsgehilfe des Richters¹ mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen². Sobald allerdings eine Begutachtung im Sinne von Schlussfolgerungen, für die besondere Sachkunde erforderlich ist, erfolgt, scheidet - wie bei der Leichenöffnung - die Verlesung des Protokolls aus und der Arzt ist als Sachverständiger zu hören.

Problematisch sind demgegenüber die Fälle des körperlichen Eingriffs nach § 81 a StPO sowie der körperlichen Untersuchungen dritter Personen nach § 81 c StPO. Hier erscheint nämlich bereits zweifelhaft, ob überhaupt noch ein richterlicher Augenschein in Frage kommt und der Arzt damit als Augenscheinsgehilfe fungieren kann, denn es bestehen grundlegende Bedenken, ob bei derartigen Massnahmen

1 Eb. Schmidt, Teil II, Erl. 8 zu § 86 StPO, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 5 zu § 81 a StPO "Augenscheinseinnahme am Körper"; Müller-Sax, KMR, Anm. 2 zu § 81 a StPO

2 Siehe oben S. 149 f.

ein Richter überhaupt anwesend sein darf. Diese Zweifel ergeben sich aus einem Vergleich des § 81 a StPO mit dem § 81 c StPO. Während nach dem Wortlaut des § 81 a StPO nur der körperliche Eingriff und nicht auch die körperliche Untersuchung dem Arzt vorbehalten ist¹, darf nach § 81 c StPO auch eine einfache Untersuchung nur von einem Arzt vorgenommen werden². § 81 c Abs. 2 Satz 2 StPO muss insoweit auch auf § 81 c Abs. 1 Satz 1 StPO Anwendung finden, zumal kein Grund ersichtlich ist, weshalb etwa nach § 81 c Abs. 2 Satz 1 StPO zulässige Abstammungsuntersuchungen, die nicht mit einem körperlichen Eingriff verbunden sind, dennoch nur von einem Arzt durchgeführt werden dürfen, Untersuchungen an Zeugen mit dem Ziel der Spurensuche dagegen - auch im Intimbereich - durch sonstige Personen erfolgen können. Da § 81 c Abs. 1 StPO sich ausschliesslich auf den engeren Personenkreis der Zeugen bezieht, aber auch Zeugen zu den anderen Personen als der Beschuldigte im Sinne des § 81 c Abs. 2 StPO zählen, sind sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung ein und derselben Person nicht ersichtlich.

1 Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 15 zu § 81 a StPO; Müller-Sax, KMR, Anm. 2 a zu § 81 a StPO; so dem Sinn nach auch Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 5 zu § 81 StPO, wenn er bei der (einfachen) körperlichen Untersuchung von Augenscheins-einnahme spricht. Dies ergibt sich daraus, dass andernfalls § 81 d StPO insoweit überflüssig wäre, als die Untersuchung einer Frau durch eine andere Frau, die nicht ihrerseits Ärztin ist, überhaupt nicht in Frage käme

2 A.A. wohl Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 21 zu § 81 c StPO; nicht eindeutig Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 22 zu § 81 c StPO

Nachdem unter Berücksichtigung der obigen Auslegung das Gesetz Untersuchungen dritter Personen, auch ohne dass es dabei zu einem körperlichen Eingriff kommt, nur durch den Arzt gestattet, gewinnt darüber hinaus neben der Sachkunde auch der weitere Gedanke einer möglichst geringen Konfrontation des Einzelnen mit den Organen der Strafrechtspflege an Bedeutung. Dieses Ziel würde weitgehend vereitelt, wenn bei der Untersuchung die Anwesenheit des Richters oder anderer medizinischer Hilfspersonen gestattet wäre.

Ähnliche Überlegungen lassen sich aber auch für die körperlichen Eingriffe beim Beschuldigten anführen. Hier soll ausser einer sachgemässen Ausführung der Eingriff in die Körperintegrität für das Persönlichkeitsbewusstsein des Beschuldigten ebenso seinen strikten Ausnahmecharakter bewahren¹. Dies wird jedoch nur bei der ausschliesslichen Anwesenheit von Arzt und assistierenden Personen gewährleistet.

Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, dass bei derartigen Eingriffen und Untersuchungen ein richterlicher Augenschein ausscheidet. Der Richter ist zwar nicht durch

¹ Vgl. Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm. 6 g zu § 81 a StPO; "Niemand als ein Arzt soll in seine (des Beschuldigten) körperliche Unversehrtheit eingreifen dürfen, nicht nur mit Rücksicht auf seine Gesundheit, sondern auch auf seine Würde"

äussere oder innere Umstände gehindert, den Augenschein selbst einzunehmen, es fehlt ihm auch nicht an der besondern Sachkunde¹, sondern Sinn und Zweck des Gesetzes verbieten ihm letztlich die persönliche Augenscheinsaufnahme². Für den Arzt allerdings ist der Betroffene Augenscheinsobjekt³. Der Arzt bleibt damit Beweismittler, und zwar vielfach in doppeltem Sinn. Einmal ersetzt er die fehlende Sachkunde des Richters, zum anderen ist der Richter - ähnlich wie bei § 81 d StPO - aus rechtlichen Gründen gehindert, sich durch eigenen Augenschein ein Bild zu verschaffen. Das Ergebnis eines solchen Eingriffs oder einer solchen Untersuchung kann daher nur über die Vernehmung des Arztes Eingang in das Verfahren finden.

Da der Arzt in diesen Fällen seine Wahrnehmungen erst durch die Hereinziehung in das Verfahren macht, scheidet dieses Kriterium allein für eine zufriedenstellende Abgrenzung der Zeugen- von der Sachverständigenstellung aus. Es ist vielmehr wieder auf die erforderliche Sachkunde abzustellen, wobei es keine Rolle spielt, ob diese Sachkunde nur bestimmte Tatsachenwahrnehmungen ermöglicht,

1 Die Sachkunde besitzt er auch nicht bei § 87 StPO; dort muss er aber sogar zugegen sein und hat den Augenscheinsgehilfen ausschliesslich wegen der fehlenden Sachkunde

2 Eb. Schmidts (Teil II, Vorb. 19 zum 1. Buch, 7. Abschn., vor §§ 72 ff. StPO) Meinung, dass auch die Ärzte, die Eingriffe nach §§ 81 a und c StPO vornehmen, Augenscheinsgehilfen oder Beweismittler seien, kann insoweit nicht gefolgt werden

3 Eb. Schmidt, Teil II, Erl. 5 zu § 86 StPO m.w. Nachw.; v. Hippel, S. 426; v. Kries, S. 409; Alsberg-Nüse, S. 373

die dem Gericht mitgeteilt werden, oder ob daraus gleichzeitig Schlussfolgerungen gezogen worden sind.

Hier ist zunächst zwischen den körperlichen Eingriffen nach § 81 a StPO und der Blutentnahme nach § 81 c Abs.2 StPO und den einfachen körperlichen Untersuchungen nach § 81 c Abs.1 und Abs.2 StPO zu unterscheiden. In beiden Fällen fungiert der Arzt nicht in der besonderen Form des Augenscheinsgehilfen, da das Gesetz einen richterlichen Augenschein überhaupt nicht zulässt¹. Der Arzt ist vielmehr Beweismittler im ursprünglichen Sinn, weil der Richter aus rechtlichen Gründen gehindert ist, einen eigenen Augenschein einzunehmen, und weil dem Richter auf dem besonderen medizinischen Fachgebiet das notwendige Erkenntnisvermögen fehlt.

bb) Die Rechtsstellung des Arztes bei körperlichen Eingriffen nach § 81 a StPO und der Blutentnahme nach § 81 c Abs.2 StPO.

Das Gesetz gestattet körperliche Eingriffe nur durch den Arzt und hat dabei neben einem weitgehenden Persönlichkeitsschutz gerade auch die besondere ärztliche Sachkunde im Auge. Dies gilt grundsätzlich in gleichem Masse für schwierige Eingriffe - etwa die Encephalographie - wie für die einfache Blutentnahme.

¹ Vgl. oben S. 156

Dient der körperliche Eingriff dem einzelnen Arzt zur Vorbereitung eines Gutachtens, zieht der Arzt also selbst Schlussfolgerungen aus dem Befund, so fungiert er auch bei der Durchführung des Eingriffs als Sachverständiger¹. Es handelt sich dabei um die typische Ermittlung von "Befundtatsachen"² durch den medizinischen Sachverständigen.

Schwieriger gestaltet sich die Situation, wenn der Arzt nur den körperlichen Eingriff (etwa die Blutentnahme) durchführt und ein anderer Arzt die Begutachtung übernimmt, durch den Eingriff also lediglich die Befundtatsachen für die weitere Auswertung beschafft werden³. Vom Inhalt der Aussage her dürfte der Blutentnahmeanwalt oder der Röntgenarzt, der an der Auswertung nicht teil hat, kaum mehr als die Tatsache des Eingriffs bekunden können. Da es für die Qualifizierung der Aussageperson als Zeuge oder Sachverständiger gar nicht darauf ankommt, ob die Aussage sinnliche Wahrnehmungen oder Schlussfolgerungen zum Gegenstand hat, solange die Wahrnehmungen nur auf einer Hereinziehung in das Strafverfahren durch den Richter oder

1 Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.11 zu § 81 a StPO; Müller-Sax, KMR, Anm.2 zu § 81 a StPO; wohl auch Kleinknecht, 31. Aufl., Anm.7 zu § 81 a StPO

2 BGHSt 18, 107 (108)

3 Nach Sarstedt in LR, 22. Aufl., Anm.11 zu § 81 a StPO hat der in Anspruch genommene Arzt in jedem Fall die Stellung eines Sachverständigen (ohne nähere Begründung). Kohlhaas, DAR 1968, S. 69 (73) sieht die Sachverständigeneigenschaft als fraglich an, bejaht sie aber in NJW 1968, S. 2077 doch; ebenso Kleinknecht, 31. Aufl., Anm.3 zu § 81 a StPO: "Glieder der Sachverständigengruppe"; zweifelnd Jessnitzer, Blutalkohol Bd. 4, 1967, S. 66 (73), es komme darauf an, welches Ergebnis die Untersuchungen und Testungen des Arztes gehabt haben und wie der Beschuldigte dessen Fragen beantwortet habe, so sei der blutentnehmende Arzt jedenfalls nicht als Sachverständiger, sondern als Zeuge zu vernehmen; im Anschluss an OLG Köln, Blutalkohol, Bd. 3, 1966, S. 609

die Strafverfolgungsbehörden beruhen, für körperliche Eingriffe aber nach der Intention des Gesetzes Sachkunde erforderlich ist, so nimmt der Arzt bei körperlichen Eingriffen immer die Stellung eines Sachverständigen ein.

Da mit der Änderung des § 256 Abs.1 StPO (BGBl. I 1974, S. 3686) nunmehr auch Gutachten über die Bestimmung der Blutgruppe oder des Blutalkoholgehaltes einschliesslich seiner Rückrechnung sowie ärztliche Berichte zur Entnahme von Blutproben in der Hauptverhandlung verlesen werden können, stellt sich bei derartigen Routinegutachten die Frage der Rechtsstellung des Arztes in der Hauptverhandlung allerdings nur noch dann, wenn § 244 Abs.2 StPO in Ausnahmefällen die persönliche Vernehmung notwendig macht.

cc) Die Rechtsstellung des Arztes bei einfachen körperlichen Untersuchungen nach § 81 c Abs.1 und Abs.2 StPO.

Auch die einfache körperliche Untersuchung nach § 81 c Abs.1 und Abs.2 StPO ist ausschliesslich dem Arzt vorbehalten. Diese Bestimmung zielt im wesentlichen auf den Persönlichkeitsschutz des Betroffenen ab, der sich im Strafverfahren einer Untersuchung unterziehen muss, ohne selbst Beschuldigter zu sein¹. Vom Sinn des Gesetzes her steht dabei nicht die Sachkunde des Arztes an erster Stelle, denn sonst müsste diese Regelung in gleichem Masse für den Beschuldigten selbst gelten. Dass dies nicht der

1 Siehe oben S. 102 ff.

Fall ist, ergibt sich schon aus der Existenz des § 81 d StPO¹. Wenn aber im Gegensatz zu den körperlichen Eingriffen die wesentliche Bedeutung dieser Bestimmung nicht in der Sachkunde des Arztes zu sehen ist, so sind hier Fälle denkbar, in denen für die Untersuchung Sachkunde überhaupt nicht erforderlich ist, der Arzt also nur deshalb als Beweismittler fungiert, weil der Richter aus rechtlichen Gründen gehindert ist, einen Augenschein einzunehmen. Dann aber charakterisiert der Inhalt der Aussage des Arztes diese entweder als Zeugen- oder als Sachverständigenaussage. Ergibt sich aus der nachträglichen Beurteilung, dass für die Wahrnehmungen bei der Untersuchung Sachkunde nicht erforderlich war, der Richter daher, wäre es ihm rechtlich gestattet gewesen, bei einer Augenscheinseinnahme (allerdings ohne sachkundigen Augenscheinseingehilfen) dieselben Wahrnehmungen hätte machen können, so ist der Arzt Zeuge. Schliesst sich allerdings an die Wiedergabe der Wahrnehmungen eine Begutachtung im Sinne von Schlussfolgerungen an, so ist der Arzt Sachverständiger, soweit er zu dieser Begutachtung aufgefordert wird bzw. die Äusserungen ohne vorherige Aufforderung nachträglich als Gutachten akzeptiert werden². War für die Wahrnehmung dagegen Sachkunde erforderlich, so ist der Arzt Sachverständiger, da die Wahrnehmungen eben nur durch die Hereinziehung in das Verfahren gemacht werden konnten.

1 Müller-Sax, KMR, Anm. 2 a zu § 81 a StPO; Meyer in LR, 23. Aufl., Rdn. 15 f. zu § 81 a StPO; so auch dem Sinn nach Eb. Schmidt, Nachträge und Ergänzungen, Erl. 5 zu § 81 a StPO, wenn er bei der (einfachen) körperlichen Untersuchung von Augenscheinseinnahme spricht

2 Vgl. oben S. 130

Nach diesen Überlegungen hat es zunächst den Anschein, als bestünde in rechtlicher Hinsicht ein Unterschied zwischen ein und derselben Untersuchung beim Beschuldigten oder bei einer sonstigen Person. Dies ist nur insoweit der Fall, als die einfache körperliche Untersuchung beim Beschuldigten im Wege des richterlichen Augenscheins erfolgen kann und das Ergebnis über dieses förmliche Beweismittel Eingang in das Verfahren findet, während dies bei der körperlichen Untersuchung anderer Personen nur über den Zeugen- bzw. Sachverständigenbeweis geschehen kann. Geht es aber um die Beurteilung der Aussage des Arztes nach der Untersuchung des Beschuldigten oder der anderen Person, so besteht kein rechtlicher Unterschied. Hat der Arzt bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten als Augenscheinsgehilfe beim richterlichen Augenschein mitgewirkt, so ist seine Rechtsstellung, soweit seine Aussage in der Hauptverhandlung dennoch erforderlich werden sollte, nach den gleichen Gesichtspunkten wie bei einer Aussage nach der Untersuchung auf Grund des § 81 c Abs. 1 oder Abs. 2 StPO zu beurteilen.

VII. S C H L U S S B E M E R K U N G .

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, wie schwierig sich gerade beim Arzt die Abgrenzung der Stellung als Sachverständiger von der Stellung als Zeuge gestaltet. Wenn dabei auf rein formale Gesichtspunkte¹ - nämlich die

¹ So insbesondere Eb. Schmidt, Teil II, Vorb. 15 und 21 zum 1. Buch, 7. Abschn. (vor §§ 72 ff. StPO)

Bestellung zum Sachverständigen - zurückgegriffen wird, nur um mit einem Abgrenzungskriterium auszukommen, so ist dies in Wirklichkeit ein Verzicht auf eine materielle Abgrenzung. Will man diesen Weg nicht beschreiten, so lässt es sich nicht umgehen, mehrere Gesichtspunkte für die Abgrenzung heranzuziehen. Dies ist hier mit der Art und Weise der Kenntniserlangung von bestimmten Tatsachen, mit der erforderlichen Sachkunde sowie mit der Tatsachenbekundung bzw. Schlussfolgerung geschehen. Durch ein Zusammenwirken dieser Kriterien lassen sich für die verschiedenen Fallkonstellationen weitgehend sachgerechte Lösungen finden, wobei insbesondere der auch im Gesetz niedergelegte Gedanke, dass die Sachverständigentätigkeit des Arztes eben mit einer im Auftrag durchgeführten sachkundigen Wahrnehmung oder Begutachtung verbunden ist, besondere Berücksichtigung gefunden hat. Zwar mag es nicht absolut befriedigen, dass eine endgültige Aussage darüber, ob der Arzt Sachverständiger oder Zeuge ist, erst nach der Aussage getroffen werden kann. Es muss jedoch nochmals darauf hingewiesen werden¹, dass bei der Unterscheidung zwischen Zeugen und Sachverständigen die Normen der Strafprozessordnung in den Vordergrund treten müssen, denen unter allgemeinen rechtsstaatlichen Gesichtspunkten grössere Bedeutung zukommt. Dies aber ist nicht bei den Regelungen über die Erscheinungspflicht des Zeugen oder die Begutachtung des Sachverständigen, sondern bei den Bestimmungen über die Auswahl, Ablehnung und Beeidigung dieser Beweisperson der Fall. Gerade diesem Gedanken wird aber durch die hier gewählte Abgrenzung Rechnung getragen.

1 Siehe auch oben S. 143

LEBENS LAUF

Am 1. Juli 1939 wurde ich in Freiburg i.Br. als Sohn des Reg.Landw.Rat Wilhelm Stratz und seiner Ehefrau Dora, geb. Wichmann geboren. Ich habe in Freiburg die Volksschule und anschliessend das Rotteckgymnasium besucht, wo ich 1959 die Reifeprüfung ablegte. Zunächst studierte ich in Freiburg und Albuquerque, New. Mex., USA Englisch, Politische Wissenschaften und Geographie; anschliessend vom Wintersemester 1961/62 Rechtswissenschaft in Freiburg, Berlin und Basel. Am 10.12.1966 legte ich in Freiburg die Erste Juristische Staatsprüfung ab. Den Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe beendete ich am 22.6.1970 mit der Zweiten Juristischen Staatsprüfung.

Von März 1971 bis zur Auflösung des Landkreises im Dezember 1972 arbeitete ich als Reg. Assessor am Landratsamt Hochschwarzwald in Neustadt. Danach wurde ich an die Fachhochschule für Öffentliche Verwaltung in Kehl abgeordnet, an der ich zur Zeit noch tätig bin.

